

Αριθμός απόφασης: 1420 / 2019

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 19-12-2019 με την εξής σύνθεση: Μαρία-Ελένη Σιδέρη – Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή – Εισηγήτρια και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου - Μέλη.

Για να εξετάσει την από 14-11-2019 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1396/14-11-2019 της εταιρίας με την επωνυμία «*****», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΓΕΝΙΚΟ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟ *****», νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Και την από 23-11-2019 παρέμβαση της εταιρίας «*****», νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα ζητά να ανακληθεί η με αρ. 120***** απόφαση του ΔΣ του Γενικού Νοσοκομείου ***** καθ' ο μέρος απορρίπτει την προσφορά της για την προμήθεια του είδους «Σύστημα Πριονιού – Τρυπανιού Μπαταρίας» και κάνει δεκτή την προσφορά της εταιρείας «*****» και ανακηρύσσει αυτήν προσωρινή μειοδότη.

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό *****), ποσού 600,00€.

Αριθμός απόφασης: 1420 / 2019

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας δαπάνης του και του χρόνου αποστολής δημοσίευσής του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π. και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

4. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. α'), δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση αναρτήθηκε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. και κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους στις 4-11-2019, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες, η δε εξεταζόμενη προσφυγή ασκήθηκε την 14-11-2019.

5. Επειδή, το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας στοιχειοθετείται στο γεγονός ότι η ίδια έχει υποβάλλει νομίμως και εμπροθέσμως την προσφορά της στον υπόψη διαγωνισμό, προσδοκώντας εύλογα να της ανατεθεί η εκτέλεση της δημοπρατούμενης σύμβασης.

6. Επειδή, με την υπ' αρ. ***** διακήρυξη προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός ανοικτός διαγωνισμός άνω των ορίων για την ανάθεση της σύμβασης «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΙ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΙΑΤΡΟΤΕΧΝΟΛΟΓΙΚΟΥ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ ΣΤΙΣ ΚΛΙΝΙΚΕΣ ΤΟΥ Γ.Ν. *****», CPV 38434540-3, συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας ποσού 262.379,03€ πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ. Κατά τον όρο 1.3. της διακήρυξης, η σύμβαση υποδιαιρείται σε 14 τμήματα, το δε 13^ο τμήμα εξ αυτών αφορά στην προμήθεια για την ορθοπεδική κλινική της αναθέτουσας αρχής ενός συστήματος πριονιού-τρυπανιού μπαταρίας, προϋπολογισθείσας αξίας 16.129,03€ (πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ). Η διακήρυξη απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ (2019/S 063-146040), καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΗΔΗΣ με ΑΔΑΜ ***** και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) με Συστημικό Αριθμό α/α*****. Η διάρκεια της σύμβασης ορίσθηκε σε 90 ημερολογιακές ημέρες. Κριτήριο ανάθεσης, κατά τον όρο 2.3.1. της διακήρυξης, ορίσθηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής και καταληκτική

Αριθμός απόφασης: 1420 / 2019

ημερομηνία υποβολής προσφορών η 2-5-2019. Σύμφωνα με το 1^ο Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας του διαγωνισμού (εφεξής ΕΔ), στο διαγωνισμό συμμετείχαν για την προμήθεια του συστήματος πριονιού-τρουπανιού μπαταρίας η προσφεύγουσα εταιρία «*****» και η παρεμβαίνουσα εταιρία «*****». Τα δικαιολογητικά αμφοτέρων των συμμετεχουσών κρίθηκαν ως πλήρη, κατά την τεχνική όμως αξιολόγηση των προσφορών τους η ΕΔ η προφορά της προσφεύγουσας αξιολογήθηκε ως απορριπτέα διότι είναι εκτός των τεχνικών προδιαγραφών βάση του όρου 2.4.3 παράγραφος 2.4.3.2.6 σελ. 34, της υπ' αριθμ. ***** Διακήρυξης και αυτό διότι προσφέρει μόνο 5 χρόνια κάλυψη των ανταλλακτικών της στο συγκεκριμένο μηχάνημα. Η υπ' αριθμ. ***** Διακήρυξη στο σημείο αυτό αναφέρει ότι: *"Έγγραφο βεβαίωση του κατασκευαστή για την δέσμευση εξασφάλισης και διάθεσης ανταλλακτικών..... για (10) τουλάχιστον έτη Προσφορά στην οποία δηλώνεται δέσμευση εξασφάλισης και διάθεσης ανταλλακτικών καθώς και των αντιστοιχών κατάλληλων υλικών για την πλήρη λειτουργία και απόδοση του εξοπλισμού μικρότερη των δέκα (10) ετών από την ημερομηνία οριστικής παραλαβής αυτού, απορρίπτεται ως απαράδεκτη "*, ενώ η προφορά της παρεμβαίνουσας κρίθηκε από την ΕΔ ότι πληροί τους όρους της διακήρυξης. Στη συνέχεια η ΕΔ, σύμφωνα με το υπ' αρ. 2 Πρακτικό της, προέβη σε αποσφράγιση της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας εταιρίας «*****», την οποία έκανε δεκτή με προσφερόμενο τίμημα ποσού 14.338,00€ πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ. Μετά ταύτα το Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής με την υπ' αρ. 120***** προσβαλλόμενη απόφασή του ενέκρινε ομόφωνα αμφότερα τα Πρακτικά 1 & 2 της ΕΔ και ανέδειξε προσωρινό ανάδοχο της υπό ανάθεση σύμβασης για την προμήθεια του συστήματος πριονιού-τρουπανιού μπαταρίας την εταιρία «*****» με το προαναφερθέν ποσό τιμήματος.

7. Επειδή, ειδικότερα, με τη συγκεκριμένη προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της ως άνω απόφασης της αναθέτουσας αρχής, υποστηρίζοντας τα εξής: **1.** Ως προς την απόρριψη της προσφεύγουσας: Η διακήρυξη στον όρο 2.4.3.2.6 ορίζει ότι οι συμμετέχοντες στο διαγωνισμό θα πρέπει μαζί με το φάκελο της τεχνικής τους προσφοράς

Αριθμός απόφασης: 1420 / 2019

να καταθέσουν και έγγραφη βεβαίωση του κατασκευαστή ή του εξουσιοδοτημένου αντιπροσώπου του στην Ευρωπαϊκή Ένωση για τη δέσμευση εξασφάλισης και διάθεσης ανταλλακτικών καθώς και των αντίστοιχων κατάλληλων υλικών για την πλήρη λειτουργία και απόδοση των ειδών για δέκα (10) τουλάχιστον έτη από την οριστική παραλαβή αυτού. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης κατέθεσε την από 24/04/2019 επιστολή του κατασκευαστικού οίκου Depuy Synthes GmbH, με την οποία δηλώνεται ότι για το προσφερόμενο σύστημα παρέχεται εγγύηση δύο (2) ετών από την ημερομηνία εγκατάστασης και βεβαιώνεται η ύπαρξη και διαθεσιμότητα ανταλλακτικών και αναλωσίμων για πέντε (5), ακόμα, χρόνια από την ημερομηνία όπου το προϊόν δεν θα κυκλοφορεί (πωλείται) πλέον. Ως προβάλει η προσφεύγουσα, παρέχεται ακόμη μεγαλύτερη κάλυψη διάθεσης ανταλλακτικών και αναλωσίμων από τη ζητούμενη με τη διακήρυξη, δεδομένου ότι η διακήρυξη ορίζει ως αφετηρία της δεκαετούς περιόδου την ημερομηνία παραλαβής του συστήματος από το Νοσοκομείο, ενώ ο κατασκευαστής του συστήματος παρέχει κάλυψη για πέντε (5) χρόνια από την ημερομηνία τελευταίας κυκλοφορίας του προϊόντος, ήτοι από την ημερομηνία κατάργησής του. Δεδομένου δε ότι το προσφερόμενο από αυτήν σύστημα είναι προϊόν νέας γενιάς, αντιλαμβάνεται κανείς ότι η παρεχόμενη εξασφάλιση υπερβαίνει τα δέκα (10) χρόνια. Κατά την προσφεύγουσα, αυτή σε κάθε περίπτωση και ανεξαρτήτως της ως άνω κατατεθείσας βεβαίωσης, σε πλήρη συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης και του νόμου, κατόπιν αιτήματος παροχής διευκρινήσεων από την Αναθέτουσα Αρχή κατέθεσε και την από 03/09/2019 δήλωση του Διευθύνοντος Συμβούλου και νομίμου εκπροσώπου της, με την οποία αφενός διευκρινίζεται ότι η πενταετής κάλυψη διάθεσης ανταλλακτικών από τον κατασκευαστή είναι από την ημερομηνία κατάργησης της παραγωγής του προϊόντος (παύση πώλησης), και όχι μόνο από την ημερομηνία παράδοσής του στο νοσοκομείο, και αφετέρου παρέχεται επιπλέον εγγύηση διάθεσης ανταλλακτικών για πέντε (5) ακόμα χρόνια, πέραν των πέντε (5) ετών από την ημερομηνία κατάργησης της παραγωγής του προϊόντος που δίνει ο κατασκευαστής. Η κατασκευάστρια εταιρεία Depuy Synthes GmbH και η

Αριθμός απόφασης: 1420 / 2019

συμμετέχουσα στο διαγωνισμό προμηθεύτρια, *****, ανήκουν στον ίδιο Όμιλο εταιρειών της***** , η οποία είναι και ο απώτερος μοναδικός μέτοχος των εταιρειών αυτών. Ως εκ τούτου οι παρεχόμενες επιστολές παρέχουν όλες την ίδια ισχυρή δέσμευση. Από τα ανωτέρω προκύπτει, κατά την προσφεύγουσα, ότι η προσφορά της, είναι σύμφωνη με τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης, δεδομένου ότι παρέχει πενταετή κάλυψη διάθεσης ανταλλακτικών για χρονικό διάστημα που άρχεται από την κατάργηση κυκλοφορίας του συστήματος, καλύπτοντας έτσι το χρονικό διάστημα που προβλέπει η διακήρυξη και το οποίο άρχεται από την ημερομηνία παράδοσης του συστήματος στο Νοσοκομείο και εσφαλμένα απορρίπτεται η προσφορά της από την Επιτροπή Αξιολόγησης και το Διοικητικό Συμβούλιο του Νοσοκομείου. Άλλως, σε περίπτωση που ήθελε υποτεθεί ότι η βεβαίωση κάλυψης που κατέθεσε δεν είναι σύμφωνη με τον όρο της διακήρυξης, νομίμως κατέθεσε τη ζητούμενη από την Αναθέτουσα Αρχή διευκρίνιση, με την οποία παρείχε και επιπλέον κάλυψη, η οποία ανεβάζει το καλυπτόμενο χρονικό διάστημα διάθεσης ανταλλακτικών σε δέκα (10) χρόνια από την ημερομηνία κατάργησης (παύσης) του συστήματος, και η οποία διευκρίνιση ουδόλως ελήφθη υπόψη κατά την αξιολόγηση της προσφοράς της, ούτε παρέχεται, με την προσβαλλόμενη, καμία αιτιολογία ως προς το γιατί αυτή δεν ελήφθη υπόψη. Από τα ανωτέρω προκύπτει, κατά την προσφεύγουσα, ότι η προσφορά της υπερκαλύπτει τις προδιαγραφές της διακήρυξης, και εσφαλμένα απορρίπτεται από την Επιτροπή Αξιολόγησης και το Διοικητικό Συμβούλιο του Νοσοκομείου με την προσβαλλόμενη απόφαση, η οποία πρέπει να ακυρωθεί και η προσφορά της να γίνει δεκτή. **2.** Ως προς την αποδοχή της προσφοράς της εταιρείας «*****»: Αναφορικά με τον ίδιο ως άνω όρο της διακήρυξης (παρ. 2.4.3.2.6) που ζητάει οι συμμετέχοντες στο διαγωνισμό μαζί με το φάκελο της τεχνικής τους προσφοράς να καταθέτουν και έγγραφη βεβαίωση του κατασκευαστή ή του εξουσιοδοτημένου αντιπροσώπου του στην Ευρωπαϊκή Ένωση για τη δέσμευση εξασφάλισης και διάθεσης ανταλλακτικών, καθώς και των αντίστοιχων κατάλληλων υλικών για την πλήρη λειτουργία και απόδοση των ειδών για δέκα (10) τουλάχιστον έτη από την οριστική παραλαβή αυτού, η Επιτροπή Αξιολόγησης και το

Αριθμός απόφασης: 1420 / 2019

Διοικητικό Συμβούλιο του Νοσοκομείου, ως προβάλλει η προσφεύγουσα, εφαρμόζοντας προφανώς «διαφορετικά» κριτήρια, τα οποία κατάφορα θίγουν τις αρχές του υγιούς ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, έκαναν δεκτή την προσφορά της εταιρείας ***** μολονότι η προσφορά της δεν πληροί τον συγκεκριμένο όρο της διακήρυξης. Πιο συγκεκριμένα από τον έλεγχο της προσφοράς της εταιρείας ***** προκύπτει ότι η από 24/04/2019 επιστολή του κατασκευαστικού οίκου του προσφερόμενου συστήματος, DeSoutter Medical Ltd., την οποία καταθέτει, στην ουσία δεν παρέχει τη ζητούμενη από τον ως άνω όρο της διακήρυξης δέσμευση για εξασφάλιση και διάθεση ανταλλακτικών και αναλωσίμων για δέκα (10) έτη από την οριστική παραλαβή του συστήματος, δεδομένου ότι η επιστολή περιλαμβάνει αίρεση. Ειδικότερα, η κατατεθειμένη από την εταιρεία ***** επιστολή, αναφέρει ότι η δέσμευση παροχής εξαρτημάτων και ανταλλακτικών για δέκα έτη δίδεται «όπου είναι δυνατόν». Έτσι όμως στην ουσία εναπόκειται στην διακριτική ευχέρεια του κατασκευαστή να κρίνει πότε είναι δυνατόν και πότε όχι να υπάρχει διάθεση των ανταλλακτικών και αναλωσίμων και σε καμία περίπτωση δεν υφίσταται δέσμευσή του για την ύπαρξη και διάθεση αυτών για δέκα (10) χρόνια όπως ζητείται από τη διακήρυξη. Με τέτοιο όμως περιεχόμενο, η δήλωση του κατασκευαστή που κατέθεσε η εταιρεία ***** δεν καλύπτει τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος ρητά ζητάει να υπάρχει «δέσμευση» του κατασκευαστή, γεγονός που συνιστά ουσιώδη απόκλιση από τις τεχνικές προδιαγραφές και τους όρους της διακήρυξης και εσφαλμένα γίνεται δεκτή η προσφορά της εταιρείας ***** κατά το στάδιο της τεχνικής αξιολόγησης. Αλλά και εάν ήθελε υποθεθεί ότι η ως άνω απόκλιση, που παρουσιάζει η προσφορά από τις τεχνικές προδιαγραφές και τους όρους της διακήρυξης είναι επουσιώδης, η προσβαλλόμενη απόφαση της Διοίκησης και το σχετικό πρακτικό τεχνικής αξιολόγησης δεν περιλαμβάνουν καμία αιτιολογία αναφορικά με το για ποιο λόγο η απόκλιση αυτή κρίνεται ως επουσιώδης και ως αναπιολόγητες πρέπει να ακυρωθούν. Επιπλέον, από έλεγχο των Οικονομικών Προσφορών προκύπτει ότι σύμφωνα με την Οικονομική Προσφορά της εταιρείας*****, όπως αυτή αναρτάται στην ηλεκτρονική Πλατφόρμα ΕΣΗΔΗΣ, το προσφερόμενο από αυτήν

Αριθμός απόφασης: 1420 / 2019

επαναφορτιζόμενο τρυπάνι πριόνι μπαταρίας (MBQ-708/DeSoutter) προσφέρεται στην τιμή των 6.390,00 Ευρώ. Αντιθέτως στην προσβαλλόμενη απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου, με την οποία εγκρίνεται το Πρακτικό αξιολόγησης των Οικονομικών Προσφορών, η εταιρεία ***** ανακηρύσσεται ως μειοδότης και προσωρινός ανάδοχος με τιμή 14.338,00 Ευρώ, χωρίς όμως η τιμή αυτή να προκύπτει από πουθενά στον φάκελο της Οικονομική της Προσφοράς της, δημιουργώντας έτσι ασάφεια ως προς την πραγματική κατακυρωθείσα τιμή. Ακόμη όμως και αν ήθελε υποτεθεί ότι εκ παραδρομής αναφέρεται το ποσό των 14.338,00 ευρώ στην προσβαλλόμενη απόφαση και ότι το τελικό ποσό κατακύρωσης είναι οι 6.390,00 Ευρώ, και πάλι η προσφορά της εταιρείας ***** θα πρέπει να απορριφθεί δυνάμει του Άρθρου 88 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 69 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ως ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά δεδομένου ότι η προσφερόμενη τιμή των 6.390,00 ευρώ είναι χαμηλότερη κατά 60,38% από την τιμή του προϋπολογισμού που είναι 16.129,03 Ευρώ. Για τους ανωτέρω λόγους, προκύπτει, κατά την προσφεύγουσα, ότι η προσφορά της εταιρείας ***** δεν είναι σύμφωνη με τους όρους και τις προδιαγραφές της διακήρυξης, και εσφαλμένα γίνεται δεκτή από το Διοικητικό Συμβούλιο του Νοσοκομείου και ανακηρύσσεται μειοδότης και προσωρινός ανάδοχος και η συγκεκριμένη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί.

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις υπ' πρωτ.18981/20-11-2019 αποσταλείσες προς την ΑΕΠΠ απόψεις της, προς απόρριψη της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής, προβάλλει τα ακόλουθα: Σύμφωνα με την παράγραφο 2.4.3.2.6 της αριθμ. διακήρυξης ***** ορίζεται ότι οι συμμετέχοντες στο διαγωνισμό θα πρέπει μαζί με το φάκελο της τεχνικής προσφοράς να καταθέσουν έγγραφη βεβαίωση του κατασκευαστή ή του εξουσιοδοτημένου αντιπροσώπου του στην Ευρωπαϊκή Ένωση για την δέσμευση εξασφάλισης και διάθεσης ανταλλακτικών καθώς και των αντιστοίχων κατάλληλων υλικών για την πλήρη λειτουργία και απόδοση των ειδών για δέκα (10) τουλάχιστον έτη από την οριστική παραλαβή αυτού. Προσφορά στην οποία δηλώνεται δέσμευση εξασφάλισης και διάθεσης ανταλλακτικών καθώς και των αντιστοίχων κατάλληλων υλικών για την πλήρη λειτουργία και απόδοση του εξοπλισμού μικρότερη των δέκα (10) ετών από

Αριθμός απόφασης: 1420 / 2019

την ημερομηνία οριστικής παραλαβής αυτού, απορρίπτεται ως απαράδεκτη. Σύμφωνα με έγγραφη βεβαίωση του κατασκευαστή De Soutter Medical Ltd, που κατατέθηκε από την εξουσιοδοτημένη εταιρεία ***** στις 24.04.2019, δηλώνει ότι παρέχει συντήρηση και επισκευή, εξαρτήματα και ανταλλακτικά για την ομαλή λειτουργία του εξοπλισμού της De Soutter Medical για περίοδο 10 ετών από την ημέρα έκδοσης του τιμολογίου. Σύμφωνα με την υπεύθυνη δήλωση και το Φύλλο Συμμόρφωσης της εταιρείας ***** στις 24.04.2019 δεσμεύεται για την εξασφάλιση και διάθεση ανταλλακτικών καθώς και των αντίστοιχων κατάλληλων υλικών για την πλήρη λειτουργία και απόδοση του εξοπλισμού για δέκα (10) έτη από την ημερομηνία παράδοσης του πριονιού-τρυπανιού. Σύμφωνα με έγγραφη βεβαίωση του κατασκευαστή Deruy Synthes GmbH ,που κατατέθηκε από την εξουσιοδοτημένη εταιρεία ***** στις 24.04.2019, δηλώνει ότι παρέχει ανταλλακτικά και αναλώσιμα για πέντε (5) χρόνια από τη στιγμή που το προϊόν θα πάψει να πωλείται. Εξαιρούνται τα είδη που σημειώνονται με αστερίσκο, τα οποία δεν είναι επισκευάσιμα και έχουν μια περίοδο εγγύησης για ένα (1) έτος. Σύμφωνα με την υπεύθυνη δήλωση της εταιρείας ***** στις 01.05.2019, αναφέρει αυτολεξεί ότι 'δίνεται εγγύηση για τεχνική υποστήριξη και ανταλλακτικά τουλάχιστον για πέντε (5) έτη'. Σύμφωνα με την συμπληρωματική δήλωση της εταιρείας ***** στις 03.09.2019, που κατατέθηκε ηλεκτρονικά στο ΕΣΗΔΗΣ, αναφέρει ότι επιπροσθέτως πέραν της εγγύησης για την διάθεση των ανταλλακτικών για πέντε (5) έτη που σας παρέχει ο κατασκευαστικός οίκος, η εταιρεία ***** σας παρέχει επιπλέον πέντε (5) χρόνια εγγύησης για την διάθεση των ανταλλακτικών. Από τα προαναφερόμενα έγγραφα (Α, Β, Γ) η επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού εξέλαβε ότι η εταιρεία ***** συμμορφώνεται με τον όρο 2.4.3.2.6 διότι αποδεικνύεται ξεκάθαρα η διάθεση ανταλλακτικών και αντίστοιχων κατάλληλων υλικών για δέκα (10) χρόνια από την ημερομηνία οριστικής παραλαβής του προϊόντος. Επίσης, η εν λόγω επιτροπή απέρριψε την προσφορά της εταιρείας ***** διότι δεν δηλώνεται ξεκάθαρα η διάθεση των ανταλλακτικών και αντίστοιχων κατάλληλων υλικών για δέκα (10) χρόνια από την ημερομηνία οριστικής παραλαβής του προϊόντος. Τα πέντε (5) χρόνια από την ημερομηνία τελευταίας κυκλοφορίας του προϊόντος, ήτοι από την

Αριθμός απόφασης: 1420 / 2019

ημερομηνία κατάργησής του, δεν εξισώνεται με δέκα ή παραπάνω χρόνια. Δεν αποδεικνύεται ούτε διευκρινίζεται η συγκεκριμένη ημερομηνία κατάργησης του προϊόντος. Αναφορικά με την συμπληρωματική δήλωση της εταιρείας ***** (ΣΤ) η επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού την θεώρησε ως εναλλακτική προσφορά, η οποία αντιβαίνει τον όρο της διακήρυξης 1.2019,2.4.6.δ (Λόγοι απόρριψης προσφορών). Η επιτροπή στην συνέχεια, εφόσον απέρριψε την εταιρεία "*****" κατά το στάδιο της τεχνικής αξιολόγησης, προχώρησε και έκανε δεκτή την Οικονομική Προσφορά της εταιρείας "*****", διότι μέσα στο Ηλεκτρονικό Σύστημα του ΕΣΗΔΗΣ, διότι υπήρχε στην οικονομική προσφορά της εν λόγω εταιρείας η τιμή τεμαχίου για το (κύριο μηχάνημα) σε ευρώ (σελ. 4), ποσού 6.390,00€ χωρίς το ΦΠΑ, όπως και τα είδη προς επιλογή των εξαρτημάτων που συνοδεύουν το κυρίως μηχάνημα (σελ. 5) συνολικού ποσού 7.948,00€ χωρίς το ΦΠΑ, και με Γενικό Σύνολο προσφερόμενης τιμής ποσού 14.338,006 χωρίς το ΦΠΑ. Κατά την αναθέτουσα αρχή, η επιτροπή λαμβάνοντας υπόψη όλα τα παραπάνω, καθώς και το ότι θα έπρεπε να διασφαλίσει το δημόσιο συμφέρον του Νοσοκομείου, καθώς υπάρχει άμεση ανάγκη προμήθειας του συγκεκριμένου μηχανήματος στο Γ.Ν. ***** από το πρόγραμμα χρηματοδότησης μέσω του ΕΣΠΑ 2014-2020, και για το λόγω του ότι θα υπήρχε ο κίνδυνος να χαθεί ο συγκεκριμένος διαγωνισμός, πρότεινε στο Δ.Σ. του Νοσοκομείου, την ανάθεση της προμήθειας του (Συστήματος Πριονίου-Τρυπανίου Μπαταρίας) στην εταιρεία "*****".

9. Επειδή, ο οικονομικός φορέας «*****» με την από 23-11-2019 νομοτύπως και εμπροθέσμως κατόπιν της από 15-11-2019 κοινοποίησης της προσφυγής, παρέμβασή του, μετ' εννόμου συμφέροντος, αφού αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος με την προσβαλλόμενη απόφαση, επικαλείται προς απόρριψη της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής και διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης τα ακόλουθα: **A)** Η προσφεύγουσα νομίμως απεκλείσθη από τον διαγωνισμό. Σχετικά με τους ισχυρισμούς της περί απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας, η οποία κρίθηκε αποδεκτή, η παρεμβαίνουσα προβάλλει ότι κατά τα μέχρι προσφάτως κριθέντα από τη νομολογία διαγωνιζόμενος ο οποίος νομίμως αποκλείεται από

Αριθμός απόφασης: 1420 / 2019

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 (βλ. Ε.Α. ΣΤΕ 301/2011, 748/2010, 1317/2009, ΣΤΕ 2817/2008, 1450/2007 και 666/2006). Δεν δύναται δε, να προβάλλει ισχυρισμούς επί της αποδοχής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας ούτε κατ' εξαίρεση και προς διασφάλιση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης εφόσον δεν επικαλείται λόγο αποκλεισμού ίδιον με εκείνον που απετέλεσε την αιτιολογία αποκλεισμού της (πρβλ. Ε.Α. ΣΤΕ 174/2016, 44/2014, 106/2013, 380/2012, 671/2011, 1156, 329/2010, 246/2009, 274/2012 και Φ. Αρναούτογλου, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010, 2η έκδοση, (Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, παρ. 141 σελ. 100 και παρ. 368 σελ. 230, Απόφαση ΑΕΠΠ 242/2019, σκ. 10). Για να μπορεί να στοιχειοθετηθεί η έννοια του «ίδιου λόγου» απόρριψης των προσφορών, θα πρέπει η αναθέτουσα αρχή ενώ εν τέλει συνέτρεχε η ίδια πλημμέλεια, στη μία περίπτωση να έκρινε τη μία Προσφορά αποκλειστέα και στην άλλη, όχι. Για τη δε θεμελίωση παραβίασεως του ίσου μέτρου κρίσεως, κρίσιμο είναι το αν εχώρησε διαφορετική εκτίμηση των αυτών πλημμελειών των προσφορών και όχι αν διαφορετικές πλημμέλειες αφορούν στο ίδιο, εν γένει, ζήτημα (βλ. ad hoc Σ.τ.Ε. 2186/2013). Κατά συνέπεια οι ισχυρισμοί που βállουν κατά της νόμιμης αποδοχής της παρεμβαίνουσας είναι, κατ' αυτήν, προεχόντως απαράδεκτοι λόγω ελλείψεως εννόμου συμφέροντος. **Β)** Κατά την παρεμβαίνουσα, η τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας εταιρείας αποκλίνει από τους όρους της διακήρυξης, ενώ η δική της προσφορά υπερκαλύπτει τις τεχνικές προδιαγραφές πλήρως και επομένως νόμιμα και αιτιολογημένα έγινε αποδεκτή η προσφορά της και ανακηρύχθηκε προσωρινή ανάδοχος για το ως άνω Τμήμα. Ειδικότερα η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται :

1) Στην παρ. 2.4.3 ορίζονται τα δικαιολογητικά της τεχνικής προσφοράς και στην επίμαχη παρ. 6 Ι σελ. 34 ζητείται από την διακήρυξη «6) Έγγραφο βεβαίωση του κατασκευαστή ή του εξουσιοδοτημένου αντιπροσώπου του στην Ευρωπαϊκή Ένωση όπως αυτοί ορίζονται στην Οδηγία 93/42/EEC, (με επίσημη μετάφραση - επικύρωση σε περίπτωση που πρόκειται για αλλοδαπό κατασκευαστή) για την δέσμευση εξασφάλισης και διάθεσης ανταλλακτικών

Αριθμός απόφασης: 1420 / 2019

καθώς και των αντιστοιχών κατάλληλων υλικών για την πλήρη λειτουργία και απόδοση των ειδών για δέκα (10) τουλάχιστον έτη από την οριστική παραλαβή αυτού» και παρακάτω «Προσφορά στην οποία δηλώνεται δέσμευση εξασφάλισης και διάθεσης ανταλλακτικών καθώς και των αντιστοιχών κατάλληλων υλικών για την πλήρη λειτουργία και απόδοση του εξοπλισμού μικρότερη των δέκα (10) ετών από την ημερομηνία οριστικής παραλαβής αυτού, απορρίπτεται ως απαράδεκτη.». Η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι ως αποκλειστική αντιπρόσωπος της κατασκευάστριας εταιρείας με την τεχνική προσφορά της υπέβαλε τα εξής δικαιολογητικά που αποδεικνύουν την πλήρωση της παραπάνω απαίτησης: α) την ψηφιακά υπογεγραμμένη από 24/4/2019 υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου της στην οποία δηλώνει «β) Δεσμευόμαστε για εξασφάλιση και διάθεση ανταλλακτικών καθώς και αντίστοιχων κατάλληλων υλικών για την πλήρη λειτουργία και απόδοση του εξοπλισμού για δέκα (10) έτη από την ημερομηνία παράδοσης του υπό προμήθεια πριονιού-τρυπανιού στο Νοσοκομείο σας», β) Την ίδια δήλωση στο φύλλο συμμόρφωσης ψηφιακά υπογεγραμμένο «Παρέχεται συντήρηση και εξασφάλιση διάθεσης ανταλλακτικών για δέκα (10) συνολικά έτη (Βλέπε Φάκελο τεχνικής προσφοράς/δικαιολογητικά συμμετοχής-Υπεύθυνες Δηλώσεις», γ) Την ίδια δήλωση εξασφάλισης διάθεσης ανταλλακτικών για 10 έτη στην ψηφιακά υπογεγραμμένη τεχνική προσφορά της, καθώς και στην οικονομική προσφορά της, δ) Την από 24/4/2019 δήλωση της De Souttel Medical με την οποία η κατασκευάστρια εταιρεία δηλώνει «*We, DeSoutter Medical Ltd., of Halton Brook Business Park, Aston Clinton, HP22 5WF, England, hereby guarantee, where possible, to provide service & repairs support, accessories and consumables for the continued operation of the De Soutter Medical equipment offered for a period of ten years from date of invoice, for tender O*****, *****hospital*» και σε ακριβή μετάφρασή του «*Εμείς η DeSoutter Medical Ltd Halton Brook Business Park ,Aston Clinton , HP22 5WF, England, εγγυόμαστε, όπου είναι δυνατόν, να παρέχουμε συντήρηση και επισκευή, εξαρτήματα και ανταλλακτικά, για την ομαλή λειτουργία του εξοπλισμού της De Soutter Medical, για περίοδο δέκα ετών από την ημέρα έκδοσης του τιμολογίου, για τη διακήρυξη ***** του Νοσοκομείου ******» ε)

Αριθμός απόφασης: 1420 / 2019

Την ψηφιακά υπογεγραμμένη από 23/4/2019 υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου της εταιρείας της παρεμβαίνουσας στην οποία δηλώνει «Αποδεχόμαστε εντός του χρονικού διαστήματος από τη λήξη της προτεινόμενης περιόδου εγγύησης καλής λειτουργίας ήτοι 2 έτη και μέχρι τη λήξη του διαστήματος των δέκα ετών από την οριστική παραλαβή του εξοπλισμού, να παρέχουμε επιπλέον εκπαίδευση στους χρήστες του υπό προμήθεια \ προιονιού-τρυπανιού με α/α 13 του νοσοκομείου, έπειτα από αίτημα του φορέα χωρίς την καταβολή πρόσθετης αμοιβής για τυχόν επανάληψη της εκπαίδευσης μεταγενέστερα, προς εκπαίδευση νέου προσωπικού». Κατά την παρεμβαίνουσα, από τα ανωτέρω κατατεθειμένα δικαιολογητικά αποδεικνύεται η πλήρης συμμόρφωση με την επίμαχη απαίτηση και η προσφορά της ορθά και σύννομα έγινε αποδεκτή και ως εκ τούτου καθίστανται απαράδεκτες και αβάσιμες οι σχετικές αιτιάσεις της προσφεύγουσας. Επιπλέον η παρεμβαίνουσα επισυνάπτει την από 20/1***** επιστολή του Οίκου De Soutter Αγγλίας η οποία αναφέρει τα εξής: «20th November 2019 To whom it may concern, We would like to confirm that the words 'where possible' I in our earlier letter refer to the legal principle of 'Force Majeure': unforeseeable circumstances that prevent someone from fulfilling a contract (war, strike, riot, earthquake). Signed, Sina Kahen UK & International Sales Manager» και σε ακριβή μετάφρασή της «Προς όποιον ενδιαφερόμενο, Θα θέλαμε να επιβεβαιώσουμε ότι οι λέξεις «όπου είναι δυνατό» σε δική μας προηγούμενη δήλωση αναφέρεται στη νομική αρχή «Ανωτέρας Βίας» : απρόβλεπτες περιστάσεις που εμποδίζουν κάποιον να εκτελέσει μια σύμβαση (πόλεμος, απεργία, ταραχή, σεισμός). Υπογεγραμμένο από Sina Kahen Διεθνής & HB Υπεύθυνος Πωλήσεων». 3) Όσον αφορά την προσφορά της προσφεύγουσας ***** και για την επίμαχη απαίτηση η ίδια δηλώνει την 24/4/2019 διαθεσιμότητα πέντε ετών από την απροσδιόριστη ημερομηνία που το προϊόν δεν θα κυκλοφορεί και την 3/9/2019 με νέα διευκρινιστική δήλωσή της δηλώνει ότι η πενταετής κάλυψη είναι από την και πάλι μη προσδιοριζόμενη (άγνωστη προφανώς και στην ίδια) ημερομηνία κατάργησης της παραγωγής του προϊόντος (παύση πώλησης). Επιπλέον παρέχει επιπλέον, ως η ίδια αναφέρει, εγγύηση διάθεσης ανταλλακτικών για πέντε (5)

Αριθμός απόφασης: 1420 / 2019

ακόμη χρόνια, γεγονός το οποίο αποτελεί σαφώς αντιπροσφορά και ως εκ τούτου ορθά απορρίφθηκε από το νοσοκομείο. Κατά την παρεμβαίνουσα, η νέα αυτή δήλωση δεν αναιρεί την διετία διαθεσιμότητας που δηλώνει εξ αρχής και δεν προκύπτει η 10ετία που ζητά η διακήρυξη και κατά συνέπεια ορθά απορρίφθηκε η προσφορά της για το τμήμα αυτό και οι αιτιάσεις στην προσφυγή της είναι αβάσιμες και απορριπτές. Γ) Η παρεμβαίνουσα, όσον αφορά τις απαραδέκτως και καταχρηστικώς, όπως τις χαρακτηρίζει, προβαλλόμενες αιτιάσεις της προσφεύγουσας για την οικονομική προσφορά της ισχυρίζεται ότι : α) Η προσφεύγουσα δεν έχει έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής της, της οποίας η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή, καθόσον με τον αποκλεισμό της καθίσταται ως προς το διαγωνισμό αυτό τρίτος (βλ. Ε.Α. ΣτΕ 301/2011, 748/2010, 1317/2009, ΣτΕ 2817/2008, 1450/2007 και 666/2006) και επομένως πρέπει να απορριφθούν ως απαράδεκτοι ελλείψει εννόμου συμφέροντος οι σχετικοί λόγοι της προσφυγής της, οι οποίοι βάλλουν κατά της νόμιμης αποδοχής της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας. β) Σε κάθε περίπτωση από την επισκόπηση της τεχνικής (που δεν προσβάλλεται) και της οικονομικής προσφοράς της προκύπτει ότι αυτή (όπως και η προσφεύγουσα) υπέβαλε με την προσφορά της τιμή τεμαχίου για το ζητούμενο κύριο μηχάνημα 6.390 € χωρίς ΦΠΑ και τιμή τεμαχίου για τα είδη προς επιλογή (δεδομένου ότι ο κατασκευαστικός οίκος διαθέτει μια μεγάλη γκάμα εξαρτημάτων και η δυνατότητα επιλογής των καταλλήλων εναπόκειται στην κρίση των εκάστοτε χρηστών και στις χειρουργικές μεθόδους που χρησιμοποιεί έκαστος εξ αυτών) των εξαρτημάτων που επελέγησαν ποσού 7.948 € χωρίς ΦΠΑ και συνολικά με 14.338 € και νομίμως αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος. Κατά συνέπεια οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας για την οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας, κατά την τελευταία, πέραν του ότι προεχόντως είναι απαραδέκτες είναι και αβάσιμες και απορριπτές. Κατά την παρεμβαίνουσα, από τα ανωτέρω προκύπτει ότι η προσφορά της δεν παραβίασε κανένα όρο της διακήρυξης και δεν υπάρχει καμία αμφιβολία ότι η αναθέτουσα αρχή ορθώς αξιολόγησε και συννόμως απεδέχθη την προσφορά της.

Αριθμός απόφασης: 1420 / 2019

10. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 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 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής». Περαιτέρω, το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017.

11. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του διαγωνισμού (ΣτΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση

Αριθμός απόφασης: 1420 / 2019

C-19/00 Siac Construction Ltd, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54 κλπ).

12. Επειδή, επί του πρώτου λόγου της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής σχετικά με την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας λόγω μη πλήρωσης του όρου 2.4.3.2.6. της διακήρυξης, διατυπώνονται τα ακόλουθα: Κατά τον όρο αυτό (2.4.3.2.6.), που αφορά στο περιεχόμενο του φακέλου 'Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά' ορίζονται τα εξής: «.....Ο επιμέρους φάκελος της τεχνικής προσφοράς θα περιέχει, υποχρεωτικά και με ποινή αποκλεισμού , τα παρακάτω στοιχεία:6) Έγγραφο βεβαίωση του κατασκευαστή ή του εξουσιοδοτημένου αντιπροσώπου του στην Ευρωπαϊκή Ένωση όπως αυτοί ορίζονται στην Οδηγία 93/42/ΕΕC, (με επίσημη μετάφραση – επικύρωση σε περίπτωση που πρόκειται για αλλοδαπό κατασκευαστή) για την δέσμευση εξασφάλισης και διάθεσης ανταλλακτικών καθώς και των αντιστοίχων κατάλληλων υλικών για την πλήρη λειτουργία και απόδοση των ειδών για δέκα (10) τουλάχιστον έτη από την οριστική παραλαβή αυτού, ακόμα και στις περιπτώσεις : α) διακοπής της συνεργασίας του προμηθευτή με τον κατασκευαστή και β) διακοπής της λειτουργίας του προμηθευτή. Για περιπτώσεις κατασκευαστών οι οποίοι χρησιμοποιούν υποσυστήματα άλλων κατασκευαστικών οίκων, αρκεί η δήλωση του κατασκευαστή του τελικού προϊόντος και δεν απαιτούνται οι δηλώσεις περί διάθεσης ανταλλακτικών των κατασκευαστικών οίκων των διαφόρων υποσυστημάτων. Επισημαίνεται ότι είναι στην ευχέρεια των υποψηφίων να προσφέρουν δέσμευση εξασφάλισης και διάθεσης ανταλλακτικών καθώς και των αντιστοίχων κατάλληλων υλικών για την πλήρη λειτουργία και απόδοση του εξοπλισμού με αντίστοιχη βεβαίωση του κατασκευαστή ή του εξουσιοδοτημένου αντιπροσώπου του στην Ευρωπαϊκή Ένωση όπως αυτοί ορίζονται στην Οδηγία 93/42/ΕΕC, μεγαλύτερη των 10 ετών από την οριστική παραλαβή αυτών και το στοιχείο αυτό θα αξιολογηθεί υπέρ αυτών. Προσφορά στην οποία δηλώνεται δέσμευση εξασφάλισης και διάθεσης ανταλλακτικών καθώς και των αντιστοίχων κατάλληλων υλικών για την πλήρη λειτουργία και απόδοση του εξοπλισμού μικρότερη των δέκα (10) ετών από την ημερομηνία οριστικής παραλαβής αυτού, απορρίπτεται ως

Αριθμός απόφασης: 1420 / 2019

απαράδεκτη.....». Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα κατέθεσε την από 24/04/2019 επιστολή του κατασκευαστικού οίκου 'Depuy Synthes GmbH', σύμφωνα με την οποία η εταιρία αυτή ως μια εταιρία της '*****', όπως κατά δήλωσή της αναγράφει, δηλώνει και αποδέχεται ότι αναλαμβάνει την προμήθεια των προϊόντων που παραθέτει και παράλληλα, μέσω της '*****' αναλαμβάνει την εγγύηση του προσφερόμενου συστήματος για δύο (2) έτη από την ημερομηνία εγκατάστασης και τη διαθεσιμότητα ανταλλακτικών και αναλωσίμων για πέντε (5) έτη μετά την τελευταία ημέρα πώλησης του προϊόντος. Εξαιρούνται δε τα με αστερίσκο σημειούμενα είδη της άνω επιστολής, τα οποία δεν είναι επισκευάσιμα και έχουν μια περίοδο εγγύησης για ένα (1) έτος. Επιπλέον κατόπιν αιτήματος παροχής διευκρινήσεων από την αναθέτουσα αρχή η προσφεύγουσα κατέθεσε και την από 03/09/2019 δήλωση του νομίμου εκπροσώπου της, με την οποία διαλαμβάνονται τα εξής: *«Σχετικά με την βεβαίωση του Οίκου Depuy Synthes GmbH, για το Σύστημα Πριονιού Τρυπανιού Μπαταρίας δίδεται εγγύηση καλής λειτουργίας για δύο (2) έτη από την παράδοσή του κατά τους όρους της διακήρυξης και τις ισχύουσες διατάξεις και την ταυτόχρονη διάθεση ανταλλακτικών για το διάστημα έως και πέντε (5) ετών μετά την κατάργηση παραγωγής του συστήματος. Επιπροσθέτως πέραν της εγγύησης για την διάθεση των ανταλλακτικών για πέντε (5) έτη που σας παρέχει ο κατασκευαστικός οίκος, η εταιρεία ***** σας παρέχει επιπλέον πέντε (5) χρόνια εγγύησης για την διάθεση των ανταλλακτικών.»*. Υπό τα δεδομένα αυτά, καταρχάς αβάσιμος κρίνεται ο ισχυρισμός με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής περί εναλλακτικής προσφοράς της προσφεύγουσας, αφού δεν τεκμηριώνεται από κανένα στοιχείο η κρίση αυτή. Όμως υπό τα ανωτέρω διαληφθέντα δεν προκύπτει ότι με την κατατεθείσα προσφορά της προσφεύγουσας πληρούται ο προαναφερθείς όρος της διακήρυξη διότι από την από 24/04/2019 επιστολή του κατασκευαστικού οίκου 'Depuy Synthes GmbH' δεν συνάγεται η δέσμευση εξασφάλισης και διάθεσης ανταλλακτικών, καθώς και των αντιστοίχων κατάλληλων υλικών για την πλήρη λειτουργία και απόδοση των ειδών για δέκα (10) τουλάχιστον έτη από την οριστική παραλαβή αυτού. Τούτο καθόσον είναι αβέβαιη, απρόβλεπτη και πάντως άγνωστη η τελευταία ημέρα πώλησης

Αριθμός απόφασης: 1420 / 2019

του προϊόντος, από την οποία άρχεται η επέκταση 5ετής διαθεσιμότητα των ανταλλακτικών, κατά την κατατεθείσα επιστολή, ώστε σε κάθε περίπτωση να καθίσταται βέβαιη η πλήρωση της απαίτησης της διακήρυξης για 10ετή διαθεσιμότητα από την οριστική παραλαβή του προϊόντος. Αν δηλαδή για κάποιο λόγο το προσφερόμενο προϊόν παύσει να πωλείται για παράδειγμα 2 έτη μετά την οριστική παραλαβή του προσφερόμενου στο συγκεκριμένο διαγωνισμό, τότε δεν θα έχει εξασφαλισθεί για το προσφερόμενο η 10ετής κάλυψη ανταλλακτικών από την οριστική παραλαβή του. Αλλά ούτε το περιεχόμενο της από 03/09/2019 δήλωσης του νομίμου εκπροσώπου της προσφεύγουσας ικανοποιεί την απαίτηση του επίμαχου όρου της διακήρυξης, δεδομένου ότι κατά τον όρο αυτό η σχετική έγγραφη βεβαίωση περί της διαθεσιμότητας των ανταλλακτικών πρέπει να προέρχεται από τον κατασκευαστή ή τον εξουσιοδοτημένο αντιπρόσωπό του στην Ευρωπαϊκή Ένωση όπως αυτοί ορίζονται στην Οδηγία 93/42/EEC, προϋπόθεση την οποία δεν απέδειξε η προσφεύγουσα. Συγκεκριμένα από την εν λόγω από 03/09/2019 δήλωση του νομίμου εκπροσώπου της προσφεύγουσας προκύπτει ότι, πέραν της εγγύησης για την διάθεση των ανταλλακτικών για πέντε (5) έτη που παρείχε εν προκειμένω ο κατασκευαστικός οίκος 'Deruy Synthes GmbH' με την από 24-4-2019 επιστολή του, η προσφεύγουσα και όχι η κατασκευάστρια ή ο εξουσιοδοτημένος αντιπρόσωπός της στην Ευρωπαϊκή Ένωση (κατά την Οδηγία 93/42/EEC), ως τάσσει η διακήρυξη και όφειλε να αποδείξει η προσφεύγουσα, παρέχει επιπλέον πέντε (5) χρόνια εγγύησης για τη διάθεση των ανταλλακτικών, μη πληρούσας έτσι της σχετικής απαίτησης της διακήρυξης. Κατόπιν όλων αυτών απορριπτός κρίνεται ο σχετικός λόγος προσφυγής ως αβάσιμος.

13. Επειδή, επί του δεύτερου λόγου προσφυγής και σε σχέση με τον προβαλλόμενο ισχυρισμό της παρεμβαίνουσας περί έλλειψης εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας, λεκτέα είναι τα ακόλουθα: Η Οδηγία 92/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 25ης Φεβρουαρίου 1992 («για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων σχετικά με την εφαρμογή των κοινοτικών κανόνων στις διαδικασίες σύναψης των συμβάσεων φορέων οι οποίοι λειτουργούν στους τομείς του ύδατος, της

Αριθμός απόφασης: 1420 / 2019

ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών», ΕΕ L 76), ορίζει στο μεν άρθρο 1 παρ. 1, μεταξύ άλλων, ότι «Τα κράτη μέλη λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε, όσον αφορά τις συμβάσεις που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2014/25/ΕΕ ..., οι αποφάσεις που λαμβάνουν οι αναθέτοντες φορείς να υπόκεινται στην άσκηση αποτελεσματικών και, ιδίως, όσο το δυνατόν ταχύτερων αναθεωρήσεων, υπό τις προϋποθέσεις που θέτουν τα άρθρα 2α έως 2στ της παρούσας οδηγίας, λόγω του ότι οι αποφάσεις αυτές παραβιάζουν την ενωσιακή νομοθεσία περί διαδικασιών σύναψης συμβάσεων ή τους εθνικούς κανόνες μεταφοράς της εν λόγω νομοθεσίας», στην δε παράγραφο 3 του ίδιου άρθρου 1 ότι «Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε οι διαδικασίες προσφυγής να είναι διαθέσιμες, σύμφωνα με τους κανόνες που είναι δυνατό να θεσπίζουν τα κράτη - μέλη, τουλάχιστον από οιοδήποτε πρόσωπο έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση και το οποίο υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εικαζόμενη παράβαση». Στο άρθρο 2 παρ. 1 η ως άνω οδηγία προβλέπει, εκτός των άλλων, τα ακόλουθα: «Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε τα μέτρα που λαμβάνουν όσον αφορά τις προσφυγές που αναφέρονται στο άρθρο 1, να προβλέπουν τις εξουσίες προκειμένου: α) να λαμβάνονται, το συντομότερο και με διαδικασίες ασφαλιστικών μέτρων, προσωρινά μέτρα για τη θεραπεία της προβαλλόμενης παράβασης ή την αποτροπή περαιτέρω ζημίας των θιγομένων συμφερόντων, συμπεριλαμβανομένων μέτρων που αναστέλλουν ή εξασφαλίζουν την αναστολή της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης, ή της εκτέλεσης κάθε απόφασης που έχει ληφθεί από τον αναθέτοντα φορέα και β) να ακυρώνονται οι παράνομες αποφάσεις ή να εξασφαλίζεται η ακύρωσή τους ... γ) ... δ) ...». Περαιτέρω, με το άρθρο 2 της οδηγίας 2007/66/ΕΚ (ΕΕ L 335), με την οποία επιχειρήθηκε η βελτίωση της αποτελεσματικότητας των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης δημόσιων συμβάσεων, προστέθηκε νέο άρθρο 2α στην οδηγία 92/13/ΕΟΚ, σύμφωνα με το οποίο: «1. Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε τα κατά το άρθρο 1 παράγραφος 3, πρόσωπα να έχουν στη διάθεσή τους επαρκή χρόνο που να εξασφαλίζει αποτελεσματικές προσφυγές κατά των αποφάσεων για την ανάθεση σύμβασης που λαμβάνουν οι αναθέτοντες φορείς, με τη θέσπιση των αναγκαίων διατάξεων που πληρούν

Αριθμός απόφασης: 1420 / 2019

τις ελάχιστες προϋποθέσεις κατά την παράγραφο 2 του παρόντος άρθρου και το άρθρο 2γ. 2. Δεν επιτρέπεται να συναφθεί σύμβαση κατόπιν αποφάσεως για την ανάθεση σύμβασης που εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2014/25/ΕΕ ή της οδηγίας 2014/23/ΕΕ πριν από την εκπνοή προθεσμίας τουλάχιστον 10 ημερολογιακών ημερών από την επομένη της ημερομηνίας κατά την οποία απεστάλη η απόφαση ανάθεσης στους ενδιαφερόμενους προσφέροντες και υποψηφίους, εφόσον χρησιμοποιούνται φαξ ή ηλεκτρονικά μέσα ... Οι προσφέροντες θεωρούνται ως ενδιαφερόμενοι εφόσον δεν έχουν αποκλεισθεί ακόμη οριστικά. Ο αποκλεισμός είναι οριστικός εφόσον έχει κοινοποιηθεί στους ενδιαφερομένους προσφέροντες και έχει θεωρηθεί νόμιμος από ανεξάρτητο όργανο προσφυγής ή δεν μπορεί πλέον να ασκηθεί προσφυγή. Οι υποψήφιοι θεωρούνται ως ενδιαφερόμενοι αν ο αναθέτων φορέας δεν έχει παράσχει πληροφορίες σχετικά με την απόρριψη της αίτησής τους πριν από την κοινοποίηση της απόφασης ανάθεσης στους ενδιαφερόμενους προσφέροντες. 3 ... 9 ...». Το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης κληθέν να ερμηνεύσει τις (ομοίου περιεχομένου με τις αντίστοιχες διατάξεις της οδηγίας 92/13/ΕΟΚ) διατάξεις της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1989 (για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημόσιων έργων, ΕΕ L 395), συνήγαγε γενικότερης εφαρμογής νομολογιακή αρχή, κατά την οποία, στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, κάθε διαγωνιζόμενος έχει έννομο συμφέρον που αντιστοιχεί στον αποκλεισμό της προσφοράς των άλλων, με σκοπό να του ανατεθεί η δημόσια σύμβαση [βλ. στην σκέψη 51 της απόφασης της 11.5.2017, C-131/16, Archus and Gama, τις παραπομπές στις αποφάσεις της 2.7.2013, C-100/12, Fastweb SpA (Fastweb), σκέψη 33, της 5.4.2016, C-689/13 Puligienica Facility Esco SpA (PFE), σκέψη 27, και της 21.12.2016, C-355/15, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (BTG&CÖ), σκέψη 29]. Το ΔΕΕ έκρινε, κατ' αρχάς, ότι από το ως άνω άρθρο 1 παρ. 1 της οδηγίας 89/665 συνάγεται ότι, στην περίπτωση που αμφισβητηθεί το νομότυπο των υποβληθεισών προσφορών, στο πλαίσιο

Αριθμός απόφασης: 1420 / 2019

διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, «κάθε ανταγωνιστής μπορεί να επικαλεσθεί έννομο συμφέρον που να αντιστοιχεί στον αποκλεισμό της προσφοράς των λοιπών [διαγωνιζομένων], το οποίο μπορεί να καταλήξει στην διαπίστωση της αδυναμίας της αναθέτουσας αρχής να επιλέξει νομότυπη προσφορά» (απόφαση Fastweb, σκέψη 33). Τούτο δε, ανεξαρτήτως του αριθμού των μετεχόντων στη διαδικασία και του αριθμού εκείνων εξ αυτών που άσκησαν προσφυγή, όπως έκρινε το Δικαστήριο στην απόφαση PFE (σκέψη 29) καθ' ερμηνείαν του άρθρου 1 παρ. 1 και παρ. 3 της οδηγίας 89/665. Από την σκέψη 27 της τελευταίας αυτής απόφασης (PFE) προκύπτει ότι το ΔΕΕ εκκινεί από την αντίληψη ότι ο αποκλεισμός του ενός διαγωνιζομένου μπορεί να έχει ως συνέπεια την άμεση ανάθεση της σύμβασης στον άλλο, στο πλαίσιο της ίδιας διαδικασίας, ή, στην περίπτωση αποκλεισμού όλων των διαγωνιζομένων και κίνησης νέας διαδικασίας για την σύναψη δημόσιας σύμβασης, την συμμετοχή του αποκλεισθέντος διαγωνιζομένου στην νέα διαδικασία και την, κατ' έμμεσο τρόπο, ανάθεση της σύμβασης σε αυτόν. Η νομολογιακή αυτή αρχή, που απορρέει από τις αποφάσεις Fastweb και PFE, επιβεβαιώθηκε με την απόφαση BTG&CÖ (σκέψη 29), με την οποία έγινε, περαιτέρω, δεκτό (σκέψη 34) ότι, η οδηγία 89/665/EK διασφαλίζει, όπως προκύπτει από τα άρθρα 1 παρ. 3 και 2α αυτής, «το δικαίωμα ασκήσεως αποτελεσματικών προσφυγών κατά παράτυπων αποφάσεων που λαμβάνονται στο πλαίσιο διαδικασίας συνάψεως δημόσιας συμβάσεως, παρέχοντας τη δυνατότητα σε κάθε αποκλεισθέντα προσφέροντα να αμφισβητήσει όχι μόνον την απόφαση αποκλεισμού, αλλά και, επί όσο χρόνο η αμφισβήτηση αυτή δεν έχει επιλυθεί, τις μεταγενέστερες αποφάσεις που θα του προξενούσαν ζημία σε περίπτωση που ακυρωνόταν ο αποκλεισμός του». Ακολούθησε η απόφαση Archus και Gama, με την οποία το ΔΕΕ προέβη στην εξειδίκευση της γενικής νομολογιακής αρχής που είχε διαμορφώσει με τις προηγούμενες αποφάσεις του, εν όψει και των περιστάσεων της συγκεκριμένης υπόθεσης, η οποία αφορούσε την προσβολή από διαγωνιζόμενο τόσο της πράξης αποκλεισμού του, όσο και της ταυτοχρόνως εκδοθείσης πράξεως ανάθεσης της σύμβασης στον έτερο και μοναδικό εναπομείναντα διαγωνιζόμενο. Το ΔΕΕ έκρινε (σκέψεις 51 έως 56)

Αριθμός απόφασης: 1420 / 2019

ότι η κατά τα ανωτέρω νομολογιακή αρχή, η οποία, κατά την εκτίμησή του, ευρίσκει έρεισμα και στις διατάξεις του άρθρου 2α παρ. 1 και 2 της οδηγίας 92/13, είχε εφαρμογή και στη συγκεκριμένη περίπτωση της υπόθεσης Archus και Gama. Έγινε, κατ' αυτόν τον τρόπο, δεκτό ότι, σε περιπτώσεις που, όπως στην υπόθεση της κύριας δίκης, η διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης κατέληξε στην υποβολή δύο προσφορών και στην ταυτόχρονη έκδοση δύο αποφάσεων από την αναθέτουσα αρχή, εκ των οποίων η πρώτη απορρίπτει την προσφορά ενός εκ των διαγωνιζομένων και η δεύτερη αναθέτει την δημόσια σύμβαση στον άλλον, ο αποκλεισθείς έχει έννομο συμφέρον να στραφεί όχι μόνον κατά της πράξης αποκλεισμού του, αλλά και κατά της πράξης ανάθεσης της σύμβασης, δεδομένου ότι, τυχόν αποδοχή της προσφυγής, κατά το μέρος αυτό, μπορεί ενδεχομένως να καταλήξει στη διαπίστωση της αδυναμίας της αναθέτουσας αρχής να επιλέξει νομότυπη προσφορά και, κατ' επέκταση, στην κίνηση νέας διαδικασίας για την ανάθεση της σύμβασης, στην οποία αυτός μπορεί να λάβει μέρος και, επομένως, να επιτύχει εμμέσως την ανάθεση της σύμβασης στον ίδιο. Έκρινε δε το Δικαστήριο, εν όψει τούτων, ότι, υπό τις συνθήκες αυτές, η έννοια της «συγκεκριμένης σύμβασης» του άρθρου 1 παρ. 3 της οδηγίας 92/13 μπορεί, κατά περίπτωση, να αφορά την ενδεχόμενη κίνηση νέας διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης (σκέψη 58). Προς αποφυγήν, εξ άλλου, συγκύσεως, το ΔΕΕ θεώρησε σκόπιμο να προβεί στην αντιδιαστολή της υπόθεσης Archus και Gama από την υπόθεση BTG&CÖ, με την οποία είχε γίνει δεκτό ότι ο διαγωνιζόμενος, του οποίου η προσφορά απερρίφθη από την αναθέτουσα αρχή στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, ενδέχεται να μην έχει την δυνατότητα άσκησης προσφυγής κατά της απόφασης για την ανάθεση της εν λόγω σύμβασης. Συγκεκριμένα, ενώ, στην υπόθεση εκείνη (BTG&CÖ), η πράξη αποκλεισμού του οικείου προσφέροντος είχε επικυρωθεί με απόφαση, η οποία περιβλήθηκε την ισχύ δεδικασμένου πριν αποφανθεί το εθνικό δικαστήριο που επιλήφθηκε της προσφυγής κατά της πράξης ανάθεσης της σύμβασης, οπότε ο εν λόγω προσφέρων έπρεπε να θεωρηθεί ως οριστικώς αποκλεισθείς από την διαδικασία σύναψης της σύμβασης (και, συνεπώς, ως στερούμενος εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της

Αριθμός απόφασης: 1420 / 2019

πράξης ανάθεσης), οι Archus και Gama «άσκησαν προσφυγή κατά της απόφασης με την οποία απορρίφθηκε η προσφορά τους και κατά της απόφασης με την οποία ανατέθηκε η δημόσια σύμβαση, οι οποίες εκδόθηκαν συγχρόνως, οπότε δεν μπορούν να θεωρηθούν ως οριστικώς αποκλεισθείσες από τη διαδικασία σύναψης της δημόσιας σύμβασης» (απόφαση Archus και Gama, σκέψεις 57 και 58). Με την πρόσφατη απόφαση της 5.9.2019, C-333/18, Lombardi, το ΔΕΕ επιβεβαίωσε την αρχή, η οποία διατυπώθηκε, κατά τα προεκτεθέντα, με τις αποφάσεις Fastweb και PFE, και κατά την οποία θεωρούνται κατ' αρχήν ισοδύναμα τα επιδιωκόμενα συμφέροντα στο πλαίσιο προσφυγών, με τις οποίες ο ένας υποψήφιος ζητεί τον αποκλεισμό του άλλου και αντιστρόφως (σκέψη 25). Στην υπόθεση αυτή, όπως και στις υποθέσεις Fastweb και PFE, το Δικαστήριο επελήφθη προδικαστικού ερωτήματος σε διαφορά, η οποία ανέκυψε επί κύριας προσφυγής διαγωνιζομένου (ο οποίος εν προκειμένω είχε καταλάβει την τρίτη θέση κατά σειρά κατάταξης) κατά του αναδόχου (και του δεύτερου κατά σειρά διαγωνιζομένου) και επί αντίθετης προσφυγής του αναδόχου με αίτημα τον αποκλεισμό του κυρίως προσφέροντος. Κατά τα γενόμενα δεκτά από το ΔΕΕ (Lombardi, σκέψεις 27 επομ.), «27. ... Πρέπει να γίνει δεκτό ότι ο υποψήφιος που κατετάγη, όπως εν προκειμένω, στην τρίτη θέση και ο οποίος άσκησε την κύρια προσφυγή έχει έννομο συμφέρον να αποκλεισθεί η προσφορά του αναδόχου και η προσφορά του υποψηφίου που κατετάγη στη δεύτερη θέση, διότι δεν αποκλείεται, ακόμη και αν η προσφορά του κριθεί παράτυπη [επ' ευκαιρία της αντίθετης προσφυγής του αναδόχου], η αναθέτουσα αρχή να διαπιστώσει τελικώς ότι αδυνατεί να επιλέξει άλλη νομότυπη προσφορά και να προβεί, εν συνεχεία, στη διοργάνωση νέας διαδικασίας διαγωνισμού. 28. Ειδικότερα, αν η προσφυγή του αποκλεισθέντος υποψηφίου κρινόταν βάσιμη, η αναθέτουσα αρχή θα μπορούσε να λάβει την απόφαση να ακυρώσει τον διαγωνισμό και να προκηρύξει νέο για τον λόγο ότι οι εναπομένουσες νομότυπες προσφορές [που κατέλαβαν χαμηλότερες θέσεις] δεν ανταποκρίνονται επαρκώς στις προσδοκίες της αναθέτουσας αρχής. 29. Υπό τις συνθήκες αυτές, το παραδεκτό της κύριας προσφυγής δεν πρέπει, διότι άλλως θα θιγόταν η πρακτική αποτελεσματικότητα της οδηγίας 89/665, να εξαρτάται από την

Αριθμός απόφασης: 1420 / 2019

προηγούμενη διαπίστωση ότι είναι παράτυπες και όλες οι προσφορές που κατετάγησαν σε χαμηλότερες θέσεις από εκείνη του υποψηφίου που άσκησε την εν λόγω προσφυγή. Το παραδεκτό αυτό δεν μπορεί να υπόκειται ούτε στην προϋπόθεση να αποδείξει ο εν λόγω υποψήφιος ότι η αναθέτουσα αρχή θα αναγκασθεί να επαναλάβει τη διαδικασία του διαγωνισμού για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης. Πρέπει να γίνει δεκτό ότι αρκεί προς τούτο η ύπαρξη τέτοιας πιθανότητας». Το ΔΕΕ επεσήμανε, επίσης, ότι «η ερμηνεία αυτή δεν αναιρείται από το ότι οι άλλοι υποψήφιοι που κατετάγησαν σε χαμηλότερες θέσεις από τον ασκήσαντα την κύρια προσφυγή δεν παρενέβησαν στην κύρια δίκη» (σκέψη 30), ότι «η ερμηνεία αυτή δεν αντιβαίνει στην ... απόφαση [BTG&CÖ] ... [διότι] στην υπόθεση ... της κύριας δίκης, κανείς από τους υποψηφίους που άσκησαν προσφυγές ζητώντας ο ένας τον αποκλεισμό του άλλου δεν αποκλείσθηκε οριστικώς από τη διαδικασία αναθέσεως» (σκέψεις 31 και 32), και, τέλος, ότι η αρχή της δικονομικής αυτονομίας των κρατών μελών δεν μπορεί εν πάση περιπτώσει να δικαιολογεί διατάξεις του εσωτερικού δικαίου που καθιστούν αδύνατη ή υπέρμετρα δυσχερή την άσκηση των δικαιωμάτων που παρέχει η έννομη τάξη της Ευρωπαϊκής Ένωσης, εν προκειμένω δε, για τους λόγους που προεκτέθηκαν, «από το άρθρο 1, παράγραφος 1, τρίτο εδάφιο, και παράγραφος 3, της οδηγίας 89/665, όπως έχει ερμηνευθεί από το Δικαστήριο, προκύπτει ότι υποψήφιος ασκήσας προσφυγή όπως είναι η επίμαχη στην υπόθεση της κύριας δίκης δεν μπορεί, βάσει εθνικών δικονομικών κανόνων ή σχετικών νομολογιακών πρακτικών, όπως είναι οι κανόνες και πρακτικές που μνημονεύει το αιτούν δικαστήριο [περί αντιστοιχίας μεταξύ αιτήματος και αποφάσεως, απόδειξης του προβαλλόμενου εννόμου συμφέροντος και υποκειμενικών ορίων του δεδικασμένου], να στερηθεί το δικαίωμά του να εξετασθεί επί της ουσίας η προσφυγή αυτή» (σκέψη 33).

14. Επειδή, υπό τα ανωτέρω νομολογιακά δεδομένα με έννομο συμφέρον η προσφεύγουσα, ούσα μη οριστικώς αποκλεισθείσα, βάλλει με την προσφυγή της κατά της αναδειχθείσας με την προσβαλλόμενη απόφαση προσωρινής αναδόχου.

Αριθμός απόφασης: 1420 / 2019

15. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, επί του ισχυρισμού της προσφεύγουσας ότι με την προσφορά της προσωρινής αναδόχου δεν παρέχεται η απαιτούμενη δέσμευση για 10ετή διάθεση ανταλλακτικών, διατυπώνονται τα εξής: Προς πλήρωση του προεκτεθέντος υπό στοιχεία 2.4.3.2.6. όρου της διακήρυξης, η παρεμβαίνουσα κατέθεσε την από 24-4-2019 δήλωση της κατασκευάστριας εταιρίας De Soutter MEDICAL, σύμφωνα με την οποία αυτή εγγυάται, όπου είναι δυνατόν, να παρέχει συντήρηση και επισκευή, εξαρτήματα και ανταλλακτικά, για την ομαλή λειτουργία του εξοπλισμού της De Soutter Medical, για περίοδο δέκα ετών από την ημέρα έκδοσης του τιμολογίου, για τη διακήρυξη 0***** του Νοσοκομείου *****.

Ακολουθώντας, με την εξεταζόμενη παρέμβασή της η προσωρινή ανάδοχος το πρώτον προσκόμισε την από 20-11-2019 επιστολή της κατασκευάστριας εταιρίας, απευθυνόμενη σε όποιον ενδιαφερόμενο, με την οποία βεβαιώνει ότι οι λέξεις «όπου είναι δυνατό» σε δική της προηγούμενη δήλωση αναφέρεται στη νομική αρχή «Ανωτέρας Βίας» : απρόβλεπτες περιστάσεις που εμποδίζουν κάποιον να εκτελέσει μια σύμβαση (πόλεμος, απεργία, ταραχή, σεισμός). Παρόλα αυτά, λαμβάνοντας υπόψη την αυστηρά τυπική διαδικασία των δημόσιων διαγωνισμών, οι διευκρινίσεις δίνονται μόνον εφόσον ζητηθούν από το αρμόδιο όργανο της αναθέτουσας αρχής κατά την προβλεπόμενη στις διατάξεις του ν. 4412/2016 διαδικασία (ΕΑ ΣτΕ 981/2007), γι' αυτό και δεν δύναται να εκτιμηθούν το πρώτον από το κρίνον Κλιμάκιο, στο πλαίσιο εξέτασης της ασηκθεισας παρέμβασης (ΔΕφΘεσ/νίκης 3/2019). Τούτων δοθέντων, και προκειμένου, κατόπιν του νεοπροσκομισθέντος εκ μέρους της παρεμβαίνουσας ως άνω εγγράφου, ήτοι της από 20-11-2019 επιστολής της κατασκευάστριας εταιρίας 'De Soutter MEDICAL', να διευκρινιστεί η πλήρωση από την παρεμβαίνουσα της απαίτησης του όρου 2.4.3.2.6. της διακήρυξης, κρίνεται σκόπιμη η αναπομπή της υπόθεσης κατά το μέρος αυτό στην αναθέτουσα αρχή. Επισημαίνεται ότι η από 23-4-2019 υπεύθυνη δήλωση του Προέδρου και Διευθύνοντος Συμβούλου της προσωρινής αναδόχου, περί παροχής επιπλέον εκπαίδευσης στους χρήστες του μηχανήματος δεν αφορά και δεν καλύπτει την πλήρωση του εξεταζόμενου όρου της διακήρυξης. Ούτε η από 24-4-2019 υπεύθυνη δήλωση του Προέδρου και Διευθύνοντος

Αριθμός απόφασης: 1420 / 2019

Συμβούλου της προσωρινής αναδόχου, περί δέσμευσής της (προσωρινής αναδόχου) για 10ετή διαθεσιμότητα ανταλλακτικών από την ημερομηνία παράδοσης του προσφερόμενου προϊόντος ικανοποιεί τον όρο 2.4.3.2.6. της διακήρυξης, αφού η δήλωση αυτή προέρχεται από την παρεμβαίνουσα και όχι από την κατασκευάστρια ή τον εξουσιοδοτημένο αντιπρόσωπό της στην Ευρωπαϊκή Ένωση (κατά την Οδηγία 93/42/EEC), ως τάσσει η διακήρυξη και όφειλε να αποδείξει η παρεμβαίνουσα. Τέλος, το φύλλο συμμόρφωσης αφορά σε δήλωση που προέρχεται από τη συμμετέχουσα εταιρία και όχι από την κατασκευάστρια ή τον εξουσιοδοτημένο αντιπρόσωπό της στην Ευρωπαϊκή Ένωση (κατά την Οδηγία 93/42/EEC), κατά τα ως άνω. Συνεπώς, ο σχετικός λόγος προσφυγής κρίνεται δεκτός ως βάσιμος και αντίθετα αβάσιμος ο σχετικός λόγος παρέμβασης, η δε προσβαλλόμενη απόφαση θα πρέπει να ακυρωθεί κατά το μέρος που ανέδειξε προσωρινή ανάδοχο την παρεμβαίνουσα και η υπόθεση να αναπεμφθεί στην αναθέτουσα αρχή προκειμένου να καλέσει την παρεμβαίνουσα σε διευκρίνιση περί της εκ μέρους της πλήρωσης της απαίτησης του όρου 2.4.3.2.6. της διακήρυξης κατόπιν του νεοπροσκομισθέντος εκ μέρους της ως άνω εγγράφου, ήτοι της από 20-11-2019 επιστολής της κατασκευάστριας εταιρίας 'De Soutter MEDICAL'.

16. Επειδή, επί του τελευταίου λόγου προσφυγής που αφορά στον ισχυρισμό της προσφεύγουσας περί της ασαφούς οικονομικής προσφοράς της προσωρινής αναδόχου, άλλως ότι συνιστά ασυνήθιστα χαμηλή, διατυπώνονται τα ακόλουθα: Κατά το Παράρτημα II της διακήρυξης, που αφορά στην Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων, το σύστημα πριονιού/τρυπανιού μπαταρίας απαιτείται: *«1. Να αποτελείται από λαβή Τρυπανιού/πριονιού με ευρεία γκάμα ταχυσυνδέσμων και μονάδα ισχύος/ μπαταρία με τα παρελκόμενά της. Η μονάδα ισχύος να αποτελείται από την ηλεκτρονική μονάδα ελέγχου, το μοτέρ και την μπαταρία να μην χρειάζεται αποστείρωση ή καθαρισμό προσδίδοντας στο σύστημα ιδιαίτερα αυξημένη διάρκεια ζωής. Η μονάδα ισχύος να δίνει ανά πάσα στιγμή πληροφορίες για το εύρος φόρτισης, ή την ανάγκη επισκευής. 2. Η λαβή τρυπανιού να είναι εργονομική με σωστή κατανομή βάρους και να αποστειρώνεται. 3. Το*

Αριθμός απόφασης: 1420 / 2019

συνολικό βάρος της λαβής τρυπανιού μαζί με τη μονάδα ισχύος να είναι μέχρι 1400 gr, της δε λαβής πριονιού μέχρι 1800 gr. 4. Η μέγιστη ταχύτητα περιστροφής (λειτουργία drill) ελεγχόμενη και αυξομειούμενη από την σκανδάλη να φτάνει στις 1400 στροφές/rpm η δε μέγιστη ροπή στρέψης να φτάνει τα 13 Nm. 5. Η λαβή να δέχεται δυο διαφορετικούς ταχυσυνδέσμους λειτουργίας πριονιού, έναν για ορθοπεδική χρήση (αρθροπλαστικές), και έναν για περιπτώσεις τραύματος και μικρών οστών. 6. Η λαβή τρυπανιού να διαθέτει δύο σκανδάλες για αριστερόστροφη/δεξιόστροφη κίνηση και να έχει δυνατότητα παλινδρομικής κίνησης επίσης να διαθέτει μηχανισμό ασφάλισης. Η ταχύτητα τρυπανισμού ή γλυφανισμού να επιλέγεται αυτόματα ανάλογα με τον ταχυσύνδεσμο που χρησιμοποιείται και να ελέγχεται επίσης από την πίεση που ασκείται στην σκανδάλη. 7. Οι ταχυσύνδεσμοι να ασφαλίζουν αυτόματα σε 8 διαφορετικές θέσεις ανά 45 μοίρες. 8. Το σύστημα να καλύπτει όλο το εύρος των ορθοπεδικών επεμβάσεων.».

Με την οικονομική προσφορά της η προσωρινή ανάδοχος προσέφερε χειρολαβή τρυπανιού/πριονιού μπαταρίας MBQ-708, φορτιστή μπαταριών με καλώδιο τροφοδοσίας για 1 μπαταρία BC-707, μπαταρία μη αποστειρώσιμες AB-703-LION 10.95v, θήκη μη αποστειρώσιμης μπαταρίας AH-703 και κάλυμμα προστασίας μη αποστειρώσιμης μπαταρίας AS-703, αντί συνολικού τιμήματος 6.390€, πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ. Επίσης με την ίδια οικονομική προσφορά της συμπεριέλαβε είδη προς επιλογή και συγκεκριμένα Κεφαλή πριονιού (sagittal) KQ-707 για λάμες τύπου S89, ποσού 1.750€, Κεφαλή πριονιού (mini sagittal) NQ-707 για λάμες τύπου S88, ποσού 1.750€, Κεφαλή πριονιού (reciprocating) CQ-707 για λάμες τύπου S84, ποσού 1.750€, Κεφαλή wire and pin driver WQ-707, ποσού 1.750€, Κεφαλή τρυπανιού DQ-708 ¼ (chuck) ποσού 1.100€, Κεφαλή τρυπανιού για γλυφανισμό RQ-708 (large output), ποσού 1.320€, Κεφαλή τρυπανιού για γλυφανισμό RQ-708 (Hudson/Zimmer), ποσού 1.449€, Κεφαλή τρυπανιού Ακτινοδιαπερατή TQ-707, ποσού 1.750€, Κεφαλή τρυπανιού/γλύφανου GQ-707, ποσού 1.370€, Μπαταρία μη αποστειρώσιμες AB-703 - Lion 10.95v, ποσού 480€, Θήκη μη αποστειρώσιμης μπαταρίας AH-703, ποσού 730€ και Κάλυμμα προστασίας μη αποστειρώσιμης μπαταρίας AS-703, ποσού 99€, πλέον του αναλογούντος

Αριθμός απόφασης: 1420 / 2019

Φ.Π.Α. Η ΕΔ με το Πρακτικό της και ακολούθως το ΔΣ της αναθέτουσας αρχής με την προσβαλλόμενη απόφαση έκαναν δεκτή την οικονομική προσφορά της προσωρινής αναδόχου για το σύνολο του προσφερομένου συστήματος, ήτοι συμπεριλαμβανομένων και του συνόλου των προς επιλογή ειδών, συνολικής αξίας 14.338,00€ πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ. Υπό τα δεδομένα αυτά η υποβληθείσα οικονομική προσφορά της προσωρινής αναδόχου δεν κρίνεται ασαφής, καθόσον πλήρως και αναλυτικά διατυπώθηκε η προσφερόμενη τιμή κάθε μέρους του συστήματος. Εξάλλου, και η οικονομική προσφορά της προσφεύγουσας έχει με τον ίδιο τρόπο αποτυπωθεί, δηλαδή περιλαμβάνει τιμή εκάστου επιμέρους τμήματος του προσφερόμενου συστήματος, συνολικής αξίας 14.930€. Ούτε βέβαια τίθεται ζήτημα ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς της προσωρινής αναδόχου, δεδομένου ότι η συνολική αξία του προσφερόμενου από αυτήν συστήματος ανέρχεται στο ποσό των 14.338€ έναντι της προϋπολογισθείσας κατά τη διακήρυξη αξίας των 16.129,03€ και έναντι της προσφερθείσας συνολικής αξίας του προσφερόμενου από την προσφεύγουσα συστήματος των 14.930€, σύμφωνα με τα ανωτέρω. Κατά συνέπεια απορριπτέος ως αβάσιμος κρίνεται ο σχετικός λόγος προσφυγής και αντίθετα δεκτός ως βάσιμος ο σχετικός λόγος παρέμβασης.

17. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτή εν μέρει η εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή και εν μέρει δεκτή η ασκηθείσα παρέμβαση, η δε προσβαλλόμενη απόφαση θα πρέπει να ακυρωθεί κατά το μέρος που ανέδειξε προσωρινή ανάδοχο την παρεμβαίνουσα και η υπόθεση να αναπεμφθεί στην αναθέτουσα αρχή προκειμένου να καλέσει την παρεμβαίνουσα σε διευκρίνιση περί της εκ μέρους της πλήρωσης της απαίτησης του όρου 2.4.3.2.6. της διακήρυξης κατόπιν του νεοπροσκομισθέντος εκ μέρους της εγγράφου, ήτοι της από 20-11-2019 επιστολής της κατασκευάστριας εταιρίας 'De Soutter MEDICAL'.

18. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη θα πρέπει να επιστραφεί στην προσφεύγουσα το με στοιχεία ***** παράβολο, ποσού 600 €.

Αριθμός απόφασης: 1420 / 2019

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την παρέμβαση.

Ακυρώνει τη με αρ. 120***** απόφαση του Δ.Σ. του Γενικού Νοσοκομείου ***** καθ' ο μέρος έκανε δεκτή την προσφορά της εταιρείας «*****» και ανακήρυξε αυτήν προσωρινή μειοδότηρια.

Αναπέμπει την υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή, προκειμένου αυτή να καλέσει την εταιρεία «*****» σε διευκρίνιση σύμφωνα με τα κριθέντα στις σκέψεις 15 και 17 της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή του με στοιχεία ***** παραβόλου, ποσού 600,00€, στην προσφεύγουσα εταιρία.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στον Άγ.Ιωάννη Ρέντη στις 19-12-2019 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΣΙΔΕΡΗ ΜΑΡΙΑ ΕΛΕΝΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΤΣΟΥΛΟΥΦΑ ΑΡΓΥΡΩ