

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 7^η Μαΐου 2018 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αποκάρδου Πρόεδρος, Ιωάννα Θεμελή – Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 30-3-2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 307/2-4-2018 της εταιρείας με την επωνυμία και διακριτικό τίτλο, με έδρα στο, οδός αριθ....., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του Γενικού Νοσοκομείου Πέλλας Ν.Μ. Έδεσσας που εδρεύει στην Έδεσσα, Τέρμα Εγνατίας, και εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθούν, άλλως ανακληθούν, άλλως τροποποιηθούν : α) η με αριθ. 12/19-03-2018 (Θέμα 4^ο) Απόφαση του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής με την οποία εγκρίθηκαν τα από 20/02/2018 και 15/03/2018 Πρακτικά αποσφράγισης και τεχνικής αξιολόγησης προσφορών της Επιτροπής Αξιολόγησης του με αριθμ. 2/2018 Δημοσίου Ανοικτού Διαγωνισμού για την προμήθεια ΣΕΤ ΛΑΠΑΡΟΣΚΟΠΙΚΩΝ (ΣΥΣΚΕΥΕΣ ΚΑΙ ΟΡΓΑΝΑ ΧΕΙΡΟΥΡΓΕΙΟΥ), καθ' ο μέρος κρίθηκε: (i) ως μη αποδεκτή η τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας στο είδος με κωδικό α/α: [«ΣΕΤ ΛΑΠΑΡΟΣΚΟΠΙΚΗΣ ΧΟΛΟΚΥΣΤΕΚΤΟΜΗΣ Verges] και αποφασίστηκε ο αποκλεισμός της από τα επόμενα στάδια του διαγωνισμού και (ii) ως αποδεκτή η τεχνική προσφορά της εταιρείας και αποφασίστηκε η συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας με την αποσφράγιση της οικονομικής προσφοράς της και β) τα από 20/2/2018 και 15/03/2018 Πρακτικά αποσφράγισης και τεχνικής αξιολόγησης της Επιτροπής τεχνοοικονομικής αξιολόγησης του παραπάνω διαγωνισμού καθ' ο μέρος κρίθηκε ως μη αποδεκτή η τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας και αντίστοιχα ως αποδεκτή η τεχνική προσφορά της παραπάνω εταιρείας και γ) κάθε προηγούμενη ή επόμενη των ως άνω προσβαλλόμενων πράξεων, πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής που ερείδεται στις ως άνω

Αριθμός απόφασης: 417/2018

προσβαλλόμενες πράξεις, προκειμένου: Να γίνει δεκτή η προσφορά της προσφεύγουσας για το είδος με κωδικό α/α : 1 [«ΣΕΤ ΛΑΠΑΡΟΣΚΟΠΙΚΗΣ ΧΟΛΟΚΥΣΤΕΚΤΟΜΗΣ Verres] και η συμμετοχή της στα επόμενα στάδια του διαγωνισμού. Άλλως και επικουρικά : 1) Να απορριφθεί ως μη πληρούσα τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης, η τεχνική προσφορά της εταιρείας στο ως άνω είδος με α/α : 1, και να κηρυχθεί απαράδεκτη η συμμετοχή της στον εν θέματι διαγωνισμό και 2) Να αποκλεισθεί από το επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας η εταιρεία

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ιωάννα Θεμελή

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 ΠΔ 39/2017, ύψους 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 199366099958 0529 0080, εκτύπωση από την ΓΓΠΣ του εν λόγω παραβόλου με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ», και το από 29-3-2018 αποδεικτικό πληρωμής του στην EUROBANK .

2. Επειδή με την υπ' αριθ. 2/2018 Διακήρυξη με αριθ. πρωτ. 608/17-1-2018 της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε Ανοικτός Διαγωνισμός μέσω ΕΣΗΔΗΣ για Σύμβαση Προμήθειας «*Σετ Λαπαροσκοπικών (Συσκευές και Όργανα Χειρουργείου CPV 33162000-3)*», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει τιμής, προϋπολογισθείσας δαπάνης 60.456,40 ευρώ χωρίς ΦΠΑ.

3. Επειδή η διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με Α.Δ.Α.Μ. 18PROC002558445/18-1-2018, καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, όπου έλαβε συστημικό αριθμό 51858.

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ως εκ του αντικείμενου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης, και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016.

5. Επειδή στον όρο 1.3 της διακήρυξης με τον τίτλο «*Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης*» προβλέπεται

Αριθμός απόφασης: 417/2018

ότι : «Προσφορές υποβάλλονται για όλα τα είδη ή για μέρος των ειδών, αλλά για ολόκληρη την προκηρυχθείσα ανά είδος ποσότητα». Επίσης σύμφωνα με τον όρο 2.4.1 με τον τίτλο «Γενικοί όροι υποβολής προσφορών» : «Οι προσφορές υποβάλλονται με βάση τις απαιτήσεις που ορίζονται στο Παράρτημα Ι της Διακήρυξης, για όλα τα είδη ή για μέρος των ειδών, αλλά για ολόκληρη την προκηρυχθείσα ανά είδος ποσότητα» Στο δε Παράρτημα Ι της διακήρυξης με τον τίτλο «Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικείμενου της Σύμβασης ΜΕΡΟΣ Α - ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΦΥΣΙΚΟΥ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟΥ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ... ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ» προβλέπονται δύο διακριτά τμήματα σχετικά με τα προς προμήθεια αντικείμενα, μεταξύ των οποίων και το επίμαχο τμήμα με α/α 1 ως εξής : «**1) Σετ λαπαροσκοπικής χολοκυστεκτομής Verres** αποτελούμενο από:..... 5) Ένα κυρτό ψαλίδι διαμέτρου 5χιλ., μονωμένο μέχρι το άκρο, με δυνατότητα σύνδεσης με καλώδιο μονοπολικής διαθερμίας και ενεργοποίησης από το χέρι και το πόδι,..... 7) Ένα διαχωριστή ιστών διαμέτρου 5 χιλ., με κυρτά άκρα, μονωμένο μέχρι το άκρο, με δυνατότητα κάμψης του άκρου του και σύνδεσης με καλώδιο μονοπολικής διαθερμίας και δυνατότητας ενεργοποίησης από το χέρι και το πόδι. ΠΟΣΟΤΗΤΑ: 40». Η προϋπολογισθείσα αξία του τμήματος 1 της προμήθειας ανέρχεται σε ποσόν 27.840 ευρώ χωρίς ΦΠΑ, σύμφωνα με ηλεκτρονικό αρχείο με τον τίτλο «ΠΟΣΟΤΗΤΕΣ-ΠΡΟΥΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ» που ανάρτησε η αναθέτουσα αρχή στην ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού μαζί με την διακήρυξη.

6. Επειδή ειδικά για το επίμαχο τμήμα 1 της προμήθειας, υπέβαλαν προσφορές στον διαγωνισμό η προσφεύγουσα, η, η και η έχοντας υποβάλει τις με αριθ. 89825, 90087, 90014 και 87563 προσφορές τους αντίστοιχα.

7. Επειδή την 20-2-2018 συνεδρίασε η Επιτροπή αξιολόγησης του Ανοικτού Διαγωνισμού και εξέδωσε πρακτικό με το οποίο διαπιστώθηκε η εμπρόθεσμη ηλεκτρονική υποβολή των ως άνω προσφορών καθώς και της προσφοράς της εταιρείας, και καταγράφηκε η αποσφράγιση των προσφορών.

8. Επειδή την 15-3-2018 συνεδρίασε εκ νέου η Επιτροπή Αξιολόγησης του Ανοικτού Διαγωνισμού και εξέδωσε πρακτικό με το οποίο έκρινε –μεταξύ άλλων- και ότι: « Η προσφορά της εταιρείας για το είδος με: α/α 1 Σετ

Αριθμός απόφασης: 417/2018

λαπαροσκοπικής χολοκυστεκτομής Verres, δεν πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης, καθώς το ψαλίδι και ο διαχωριστής ιστών δεν διαθέτουν ενεργοποίηση και από το χέρι, όπως απαιτείται από τη διακήρυξη» προτείνοντας την απόρριψη της προσφοράς της. Με το ίδιο πρακτικό η Επιτροπή Αξιολόγησης έκρινε απορριπτέες και τις προσφορές των εταιρειών και Τέλος η Επιτροπή έκρινε ότι τα προσφερόμενα είδη της για το επίμαχο τμήμα 1, και της για το τμήμα 2 της προμήθειας πληρούν τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης, κρίνονται αποδεκτά και εισηγήθηκε την αποδοχή των προσφορών τούτων και την συνέχιση της διαδικασίας με την συμμετοχή αυτών.

9. Επειδή στην αριθμ. 12/19-3-2018 (θέμα 4^ο) Συνεδρίαση του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής, εγκρίθηκαν τα ως άνω πρακτικά αποσφράγισης και τεχνικής αξιολόγησης με ημερομηνίες 20-2-2018 και 15-3-2018 της Επιτροπής του Ανοικτού Διαγωνισμού. Η απόφαση αυτή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή την 21-3-2018 στην προσφεύγουσα και στις συνδιαγωνιζόμενες εταιρείες μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

10. Επειδή κατά της ως άνω απόφασης ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή νόμιμα και εμπρόθεσμα την 30-3-2018, με κατάθεση μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, και με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017, και κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου την 2-4-2018, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 καθώς και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4 και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

11. Επειδή την 2-4-2018, η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη στο άρθ. 365 παρ. 1 περ. (α) του ν. 4412/20169 και στο άρθ. 9 παρ. παρ. 1 περ. (α) του ΠΔ 39/2017, κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, στους λοιπούς διαγωνιζόμενους φορείς, με μήνυμα μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

12. Επειδή την 5-4-2018 η αναθέτουσα αρχή με ανάρτηση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού κοινοποίησε στην ΑΕΠΠ τις με αριθ. Πρωτ. 3545/5-4-2018 απόψεις της επί της προσφυγής, σύμφωνα με τις

Αριθμός απόφασης: 417/2018

διατάξεις των άρθρ. 365 παρ. 1 υποπαρ. β του Ν. 4412/2016 και 9 παρ. 2 περ. β του ΠΔ 39/2017.

13. Επειδή την 12-4-2018 εισήχθη προς κρίση το αίτημα αναστολής το οποίο η προσφεύγουσα είχε ενσωματώσει στην εξεταζόμενη προσφυγή της βάσει των με αριθ. 399/2018 και 398/2018 αντίστοιχα Πράξεων της Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου περί κλήσης της αναθέτουσας αρχής να καταθέσει τις απόψεις της επί αυτού και περί ορισμού εισηγητή και ημερομηνίας εξέτασης της προσφυγής και εξεδόθη η με αριθ. Α174/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ με την οποία έγινε δεκτό το αίτημα της προσφεύγουσας περί αναστολής του διαγωνισμού μέχρι την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προσφυγής. Κατόπιν τούτου, η αναθέτουσα αρχή ανέστειλε την συνέχιση της διαδικασίας και ίδια την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών, σύμφωνα με το με αριθ. 3377/2-4-2018 έγγραφό της που ανάρτησε αυθημερόν στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού.

14. Επειδή κατόπιν των ανωτέρω, προσφυγή νομίμως φέρεται προς συζήτηση ενώπιον του 1^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346, παρ. 1, 360, και 366 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 παρ. 1, και 15 του ΠΔ 39/2017.

15. Επειδή η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι εσφαλμένα και ανατιπολόγητα κρίθηκε με την προσβαλλόμενη ότι το προσφερόμενο από την εταιρεία είδος με κωδικό α/α: 1 [«ΣΕΤ ΛΑΠΑΡΟΣΚΟΠΙΚΗΣ ΧΟΛΟΚΥΣΤΕΚΤΟΜΗΣ VERRES] πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές, αν και τούτο, πράγματι, παρουσιάζει την ίδια «απόκλιση» από τα ζητούμενα στην διακήρυξη, βάσει της οποίας απόκλισης, ακριβώς, κρίθηκε ως μη τεχνικά αποδεκτή η προσφορά της. Ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι το ΣΕΤ ΛΑΠΑΡΟΣΚΟΠΙΚΗΣ ΧΟΛΟΚΥΣΤΕΚΤΟΜΗΣ Verres του αλλοδαπού οίκου, το οποίο προσφέρει δεν διαθέτει ψαλίδι και διαχωριστή ιστών που να ενεργοποιείται και από το χέρι. Παρά το γεγονός ότι η ανωτέρω προσφέρουσα εταιρεία στο υποβληθέν με την προσφορά της Φύλλο Συμμόρφωσης δηλώνει («δήθεν» κατά την προσφυγή) «Πλήρη Συμμόρφωση» με τις απαιτήσεις της διακήρυξης, παραπέμποντας σχετικά σε προσκομιζόμενο Τεχνικό Φυλλάδιο του κατασκευαστικού αλλοδαπού οίκου του προϊόντος, εντούτοις στο ως άνω Τεχνικό Φυλλάδιο, ΔΕΝ ΑΝΑΓΡΑΦΕΤΑΙ ούτε ΑΝΑΦΕΡΕΤΑΙ ούτε ΠΡΟΚΥΠΤΕΙ και συνεπώς ΔΕΝ

Αριθμός απόφασης: 417/2018

ΑΠΟΔΕΙΚΝΥΕΤΑΙ - ότι το είδος αυτό λαπαροσκοπικής χολοκυστεκτομής διαθέτει τη συγκεκριμένη προδιαγραφή (δυνατότητα), ήτοι ότι το ψαλίδι και ο διαχωριστής ιστών ενεργοποιείται τόσο από το χέρι όσο και από το πόδι. Συνεπώς, κατά την προσφυγή, παραβιάζεται ευθέως η αρχή της διαφάνειας, της ισότητας και του Κράτους Δικαίου, και ο διαγωνισμός πάσχει ακυρότητας επειδή, εν προκειμένω, κατά την αξιολόγηση δύο όμοιων περιπτώσεων (τις προσφορές της αποκλεισθείσας προσφεύγουσας και της αποδεκτής), παρά τον νόμο και εντελώς αδικαιολόγητα, άλλως με πλημμελή ή ελλιπή αιτιολογία, έγιναν δεκτά διαφορετικά – αντίθετα - συμπεράσματα, και εφαρμόστηκαν επιλεκτικά και κατά το δοκούν τα οριζόμενα από την διακήρυξη και τις κείμενες διατάξεις. Κατά συνέπεια, σύμφωνα με την υπό εξέταση προσφυγή προκρίθηκε εις βάρος της προσφεύγουσας η προσφορά της ως άνω εταιρείας, ενώ αμφότερα τα προσφερόμενα είδη διαθέτουν το ίδιο τεχνικό χαρακτηριστικό, δηλαδή, τη μη δυνατότητα ενεργοποίησης « ... του ψαλιδιού και του διαχωριστή ιστών από το χέρι και το πόδι», δεδομένου ότι και τα δύο (2) προσφερόμενα είδη/σεντ διαθέτουν δυνατότητα ενεργοποίησης μόνον από το πόδι και όχι επιπροσθέτως και από το χέρι ως απαιτεί η διακήρυξη. Για τους λόγους αυτούς, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι πρέπει να ακυρωθεί, άλλως να ανακληθεί, άλλως να τροποποιηθεί η προσβαλλόμενη απόφαση, και τα ως άνω Πρακτικά της Επιτροπής Αξιολόγησης του διαγωνισμού, να γίνει δεκτή η προσφορά της και να απορριφθεί η προσφορά της ως μη τεχνικά αποδεκτή διότι αποκλίνει και δεν ανταποκρίνεται στις τεθείσες τεχνικές προδιαγραφές.

16. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της επί της προσφυγής αναφέρει ότι «Κατά την αξιολόγηση της προσφοράς της εταιρείας διαπιστώθηκε από την Επιτροπή ότι για το είδος με α/α 1, το προσφερόμενο ψαλίδι καθώς και ο διαχωριστής ιστών δεν διέθεταν δυνατότητα ενεργοποίησης από το χέρι, όπως απαιτείται από τη διακήρυξη. Το χαρακτηριστικό αυτό κρίθηκε ουσιώδες και αποτέλεσε τον λόγο απόρριψης της προσφοράς της. Η μη συμμόρφωση του προσφερόμενου από την εταιρεία είδους στην τεχνική αυτή απαίτηση, δεν αμφισβητείται από την προσφεύγουσα εταιρεία, όπως ρητά και επανειλημμένα αναφέρεται στην προσφυγή της. Κατά συνέπεια και σύμφωνα με τα ανωτέρω, ορθώς απορρίφθηκε η προσφορά της εταιρείας ως μη συμμορφούμενη με

Αριθμός απόφασης: 417/2018

τις τεχνικές απαιτήσεις της Διακήρυξης. Όσον αφορά τους ισχυρισμούς ότι το προσφερόμενο ψαλίδι και ο διαχωριστής ιστών από την εταιρεία (είδος με α/α 1), δεν διαθέτει δυνατότητα ενεργοποίησης από το χέρι δεν ευσταθεί, καθώς όπως διαπιστώνεται από τεχνικό φυλλάδιο της προσφοράς (σελίδα 87) διατίθεται ειδικός αντάπτορας (.....) οποίος προσαρμόζεται τόσο στον ενδοσκοπικό διαχωριστή ιστών όσο και στο ενδοσκοπικό ψαλίδι με αποτέλεσμα να δίνει την δυνατότητα στο χειρουργό να ενεργοποιήσει την μονοπολική λειτουργία στα εν λόγω εργαλεία χειροκίνητα. Συνεπώς η τεχνική προσφορά της εταιρεία καλύπτει πλήρως τις τεχνικές απαιτήσεις της Διακήρυξης. Επίσης θα πρέπει να ληφθεί υπόψη ο χαρακτήρας του επείγοντος για την ολοκλήρωση του διαγωνισμού προμήθειας Σετ Λαπαροσκοπικών, καθώς η οποιαδήποτε καθυστέρηση στην προμήθειά τους θα δημιουργήσει οξύτατο πρόβλημα στην αντιμετώπιση των εκτάκτων χειρουργικών περιστατικών και θα παρατείνει τον χρόνο αναμονής των προγραμματισμένων χειρουργικών επεμβάσεων.»

17. Επειδή στο άρθρο 367 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι : «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της, η οποία εκδίδεται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία είκοσι (20) ημερών από την ημέρα εξέτασης της προσφυγής. 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[...].» Επομένως, η υπό εξέταση προσφυγή ασκείται απαραδέκτως στο μέτρο που αιτείται να ανακληθεί άλλως να τροποποιηθεί η προσβαλλόμενη. Και τούτο ίδια επειδή, σύμφωνα με την διάταξη του άρθρου 367 παρ. 2 ν. 4412/2016, και του άρθρου 18 παρ. 4 του ΠΔ 39/2017 επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης, όπως εν προκειμένω επιδιώκεται, η ΑΕΠΠ ακυρώνει την πράξη, ενώ σε κάθε περίπτωση εκφεύγει της αρμοδιότητας της ΑΕΠΠ να διατάξει την ανάκληση αυτής ή/και να την τροποποιήσει.

18. Επειδή σύμφωνα με το άρθρ. 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016 «Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη

Αριθμός απόφασης: 417/2018

σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξηκατά παράβαση της νομοθεσίας...υποχρεούται...να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης...της αναθέτουσας αρχής.» Από την παραπάνω διάταξη σαφώς προκύπτει ότι προκειμένου να ασκηθεί παραδεκτώς προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ, θα πρέπει η βλαπτική πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να έχει εκτελεστό χαρακτήρα, δηλαδή, να παράγει έννομες συνέπειες. Όπως, εξάλλου έχει κριθεί από την νομολογία υπό το προϊσχύον νομικό καθεστώς που δεν διαφοροποιείται όμως ως προς την προϋπόθεση αυτή με τις διατάξεις του Ν.4412/2016, οι πράξεις (γνωμοδοτήσεις, πρακτικά, προσκλήσεις) των Επιτροπών του Διαγωνισμού, οποιαδήποτε φάση και αν αφορούν, στερούνται εκτελεστού χαρακτήρα με την παραπάνω έννοια εφόσον το όργανο που τις εξέδωσε δεν ασκεί αποφασιστική αρμοδιότητα (βλ. ΕΑ 519/2009 και 1315/2008 και Φ. ΑΡΝΑΟΥΤΟΓΛΟΥ, *Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2η έκδ., 2013, αρ. 71-77 επόμε., σελ.54-55). Σε κάθε δε περίπτωση, αποτελούν αναπόσπαστο τμήμα της προσβαλλόμενης απόφασης και συμπροσβάλλονται με αυτήν. Επομένως, η υπό εξέταση προσφυγή ασκείται απαραδέκτως στο μέτρο που αιτείται την ακύρωση των με ημερομηνία 20-2-2018 και 15-3-2018 Πρακτικών της Επιτροπής του διαγωνισμού με τα οποία διαπιστώθηκε η αποσφράγιση και η τεχνική αξιολόγηση των προσφορών, διότι τα Πρακτικά τούτα στερούνται εκτελεστότητας, καθόσον αποτελούν απλές εισηγήσεις με προτάσεις προς το αποφασίζον όργανο της αναθέτουσας αρχής.

19. Επειδή, κατ' αρχήν, γίνεται δεκτό ότι διαγωνιζόμενος, ο οποίος νομίμως αποκλείεται από διαγωνισμό λόγω μη υποβολής ενός ή περισσότερων δικαιολογητικών ή λόγω μη συνδρομής προβλεπόμενων, επί ποινή αποκλεισμού, όρων της Διακήρυξης, δεν έχει έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, δοθέντος ότι με τον αποκλεισμό του καθίσταται, ως προς τον διαγωνισμό αυτόν, τρίτος (βλ. ενδεικτικά Ε.Α. ΣτΕ 66/2012, 64/2012, 301/2011, 135/2011, 39,74/2010, 748/2010, 1317/2009, 736/2007, ΣτΕ 715, 2002/2011, 2444, 2451/2009, 2817/2008, 3753/2008, ΣτΕ 995/2013 κ.ά.).

20. Επειδή, όμως, χάριν της διασφάλισης του ενιαίου μέτρου κρίσης ο αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος διατηρεί έννομο συμφέρον προς αμφισβήτηση

Αριθμός απόφασης: 417/2018

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. Έχει μάλιστα *ad hoc* κριθεί ότι τούτο ισχύει ειδικά αν έγινε δεκτή τεχνική προσφορά άλλου διαγωνιζόμενου παρότι παρουσιάζει τις ίδιες αποκλίσεις σε σχέση με τις προδιαγραφές της διακήρυξης εξ αιτίας των οποίων ίδιων αποκλίσεων απορρίφθηκε η δική του τεχνική προσφορά (ΣτΕ 1265/2011, ΕΑ 352/2011, 1156/2010, 246/2009, 569, 932/2008, 43, 717, 1319/2007, 1051/2006, 351, 508/2004 βλ. Φ. Αρναούτογλου *Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010*, 2^η εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, σελ. 100). Στην περίπτωση αυτή όμως, η ως άνω αίτηση προβάλλεται λυσιτελώς μόνον προς απόρριψη της προσφοράς του άλλου διαγωνιζόμενου και όχι προς αποδοχή για λόγους ίσης μεταχείρισης και της δικής του απορριφθείσας προσφοράς. Συνεπώς, όταν το αίτημα δεν είναι η απόρριψη της προσφοράς του άλλου διαγωνιζόμενου αλλά η επαναξιολόγηση και η αποδοχή της δικής του προσφοράς επειδή έγινε δεκτή η επίσης πλημμελής προσφορά του συνδιαγωνιζόμενου η αίτηση απορρίπτεται (ΕΑ ΣτΕ 155/2009). Επομένως, χωρίς έννομο συμφέρον απαραδέκτως και αλυσιτελώς αιτείται η προσφεύγουσα την αποδοχή της δικής της προσφοράς με τον ισχυρισμό ότι αυτή αποκλείσθηκε παρότι παρουσιάζει συγκεκριμένη ομολογούμενη απόκλιση σε σχέση με τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης την οποία η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι παρουσιάζει και η προσφορά της συνδιαγωνιζόμενης, η οποία έγινε αποδεκτή στην συνέχιση του διαγωνισμού. Αντίστοιχα, παραδεκτώς ζητά με το επικουρικό αίτημά της η προσφεύγουσα τον αποκλεισμό της συνδιαγωνιζόμενης ως μη πληρούσα τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης. Και τούτο διότι η προσφεύγουσα ισχυρίζεται κατ' επίκληση της αρχής του ίσου μέτρου κρίσης ότι η ίδια εσφαλμένα αποκλείσθηκε ενώ έγινε αποδεκτή η προσφορά της, παρότι και οι δύο προσφορές παρουσιάζουν – κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας- την ίδια ακριβώς απόκλιση σε σχέση με τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης.

21. Επειδή, σε συνέχεια του συνόλου των ανωτέρω, και με την επιφύλαξη των σκέψεων 17, 18, και 20, παραδεκτώς ασκήθηκε η προδικαστική προσφυγή, και νομίμως φέρεται προς εξέταση, κατά το επικουρικό αίτημά της, ενώπιον του 1ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ.

Αριθμός απόφασης: 417/2018

22. Επειδή η παρ. 1 του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «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.Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων ...».

23. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016 « 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 σύμβασηςπεριέχουν ιδίως :ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών....., τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας....., καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης,.....ιζ) τους απαραίτους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς...)...».

24. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 54 του ν. 4412/2016 « 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 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 σύμβασης3. 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

Αριθμός απόφασης: 417/2018

προσδιορισμένες ώστε να επιτρέπουν στους προσφέροντες να προσδιορίζουν το αντικείμενο της σύμβασης και στις αναθέτουσες αρχές να αναθέτουν τη σύμβαση.....»

25. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 71 παρ. 1 περ. α) του ν. 4412/2016 «Οι συμβάσεις ανατίθενται βάσει των κριτηρίων που καθορίζονται στα άρθρα 86 έως 89 εφόσον η αναθέτουσα αρχή έχει επαληθεύσει, σύμφωνα με τα άρθρα 79 έως και 81, ότι πληρούνται όλες οι κατωτέρω προϋποθέσεις : α) η προσφορά συνάδει με τις απαιτήσεις, τις προϋποθέσεις και τα κριτήρια που προβλέπονται στην προκήρυξη σύμβασης....και στα έγγραφα της σύμβασης...».

26. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 91 του ν. 4412/2016 « 1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση προσφορά :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 την συμπλήρωσή της, σύμφωνα με το άρθρο 102...»

27. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 94 του ν. 4412/2016 «4. Στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων προμηθειώνο 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.»

28. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 100 του ν. 4412/2016 «2. Τα επιμέρους στάδια στην ανοικτή διαδικασία ..., όταν οι εν λόγω διαδικασίες δεν διενεργούνται με ηλεκτρονικό τρόπο, έχουν ως εξής: α) αποσφραγίζεται ο κυρίως φάκελος προσφοράς,β) Στη συνέχεια το αρμόδιο όργανο προβαίνει στην αξιολόγηση της τεχνικής προσφοράς, σύμφωνα με τους όρους των εγγράφων της σύμβασης και συντάσσει πρακτικό...για την αποδοχή ...των τεχνικών προσφορών με βάση το κριτήριο ανάθεσης των εγγράφων της σύμβασης...6. Τα παραπάνω οριζόμενα στις παραγράφους 1 έως 3 προσαρμόζονται για τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων προμηθειώνπου διενεργούνται με ηλεκτρονικό τρόπο.....»

29. Επειδή στον όρο 2.4.3 της Διακήρυξης με τον τίτλο «2.4.3 Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής- Τεχνική Προσφορά»

Αριθμός απόφασης: 417/2018

προβλέπεται ότι «...2.4.3.2 Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο “Απαιτήσεις-Τεχνικές Προδιαγραφές” του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα....» Και περαιτέρω στον όρο 2.4.6 με τον τίτλο «2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών» προβλέπεται ότι «Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), ... β) η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα» Και σύμφωνα με τον όρο 3.1.2 « 3.1.2 Αξιολόγηση προσφορών. Μετά την κατά περίπτωση ηλεκτρονική αποσφράγιση των προσφορών η Αναθέτουσα Αρχή προβαίνει στην αξιολόγηση αυτών μέσω των αρμόδιων πιστοποιημένων στο Σύστημα οργάνων της, εφαρμοζόμενων κατά τα λοιπά των κειμένων διατάξεων. Ειδικότερα : ...β) Στη συνέχεια το αρμόδιο όργανο προβαίνει στην αξιολόγηση της τεχνικής προσφοράς, σύμφωνα με τους όρους των εγγράφων της σύμβασης και συντάσσει πρακτικό για την απόρριψη των τεχνικών προσφορών που δεν γίνονται αποδεκτές και την αποδοχή ή/και βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών με βάση το κριτήριο ανάθεσης των εγγράφων της σύμβασης....» Στο Παράρτημα Ι της Διακήρυξης με τον τίτλο «ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι – Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικείμενου της Σύμβασης», στο «ΜΕΡΟΣ Α - ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΦΥΣΙΚΟΥ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟΥ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ» περιγράφονται μεταξύ των υπό προμήθεια ειδών και «**1)Σετ λαπαροσκοπικής χολοκυστεκτομής Verres** αποτελούμενο από:1) ένα πλήρες σύστημα τροκάρ με λόγχη σχήματος νυστεριού και μια κάνουλα 5/11 χιλ., με ραβδώσεις για σταθεροποίηση στο κοιλιακό τοίχωμα λοξευμένη στο άκρο της για καλύτερη δεισδυτική ικανότητα και αφαιρούμενο μετατροπέα. Ο μετατροπέας θα πρέπει να είναι πλήρως αφαιρούμενος για να διευκολύνεται η αφαίρεση παρασκευασμάτων. Ο στυλεός θα πρέπει να μπορεί να τοποθετηθεί

Αριθμός απόφασης: 417/2018

αμφίπλευρα στην κάνουλα.2) Ένα πλήρες σύστημα τροκάρ με λόγχη σχήματος νυστεριού και μια κάνουλα 5mm με ενσωματωμένο σταθεροποιητή λοξευμένη στο άκρο της για καλύτερη διεισδυτική ικανότητα. Ο στυλεός θα πρέπει να μπορεί να τοποθετηθεί αμφίπλευρα στην κάνουλα,3) Μια βελόνη verres 120 χιλ. 4) Μια λαβίδα απολίνωσης αγγείων 10 χιλ. μιας χρήσης με σύστημα περιστροφής, οπτική ένδειξη των τελευταίων clips στο στέλεχος του εργαλείου, μηχανισμό μπλοκαρίσματος των σιαγόνων όταν αυτή αδειάσει,2 ξεχωριστά στάδια φόρτισης και πυροδότησης, δυνατότητα καθήλωσης καθετήρα χολαγγειογραφίας και τουλάχιστον 20 clips medium/large ή τουλάχιστον 15 clips large (μήκους τουλάχιστον 11 χιλ) 5) Ένα κυρτό ψαλίδι διαμέτρου 5χιλ., μονωμένο μέχρι το άκρο, με δυνατότητα σύνδεσης με καλώδιο μονοπολικής διαθερμίας και ενεργοποίησης από το χέρι και το πόδι 6) Δυο ατραυματικές λαβίδες σύλληψης μονωμένες διαμέτρου 5 χιλ., με σύστημα κλειδώματος , 7) Ένα διαχωριστή ιστών διαμέτρου 5 χιλ., με κυρτά άκρα, μονωμένο μέχρι το άκρο, με δυνατότητα κάμψης του άκρου του και σύνδεσης με καλώδιο μονοπολικής διαθερμίας και δυνατότητας ενεργοποίησης από το χέρι και το πόδι. ΠΟΣΟΤΗΤΑ: 40 ΠΙΝΑΚΑΣ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ Για να τεκμηριωθεί η συμφωνία με τις τεχνικές προδιαγραφές που προβλέπονται στην παρούσα διακήρυξη, θα πρέπει να συμπληρωθεί από τον οικονομικό φορέα ο σχετικός «Πίνακας Συμμόρφωσης» συμπληρωμένος σύμφωνα με τις επεξηγήσεις και οδηγίες τις οποίες ο υποψήφιος είναι υποχρεωμένος να ακολουθήσει σύμφωνα με το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ III.» Σύμφωνα δε με το Παράρτημα III της διακήρυξης με τον τίτλο «Υπόδειγμα Τεχνικής Προσφοράς » : «Για να τεκμηριωθεί η συμφωνία με τις τεχνικές προδιαγραφές που προβλέπονται στην παρούσα διακήρυξη, θα πρέπει να συμπληρωθεί από τον οικονομικό φορέα σχετικός «Πίνακας Συμμόρφωσης» συμπληρωμένος σύμφωνα με τις παρακάτω επεξηγήσεις και οδηγίες τις οποίες ο υποψήφιος είναι υποχρεωμένος να ακολουθήσει Ο Πίνακας Συμμόρφωσης δύναται να διαθέτει την εξής ενδεικτική μορφή

• Στη στήλη «Απαίτηση» αντιγράφονται οι ζητούμενες Τεχνικές Προδιαγραφές της Υπηρεσίας από τη Διακήρυξη όπως αυτές διατυπώνονται αναλυτικά στους πίνακες του παρόντος παραρτήματος.

ΑΠΑΙΤΗΣΗ

ΑΠΑΝΤΗΣΗ

ΠΡΟΣΦΟΡΑ
ΥΠΟΨΗΦΙΟΥ

ΠΑΡΑΠΟΜΠΗ

ΑΝΑΔΟΧΟΥ

- Στη στήλη «Απάντηση» σημειώνεται η απάντηση του υποψηφίου Αναδόχου

- Στη στήλη «Προσφορά Υποψήφιου Αναδόχου» περιγράφεται αναλυτικά η Τεχνική Προδιαγραφή της

προσφερόμενης Υπηρεσίας από τον υποψήφιο Ανάδοχο.

- Στη στήλη «Παραπομπή» θα καταγραφεί η σαφής παραπομπή στην τεχνική προσφορά, σε αντίστοιχο τεχνικό φυλλάδιο του κατασκευαστή ή αναλυτική τεχνική περιγραφή του εξοπλισμού ή του τρόπου διασύνδεσης και λειτουργίας, ή αναφορές μεθοδολογίας εγκατάστασης, υποστήριξης και εκπαίδευσης κλπ. που θα παρατεθούν στο παράρτημα. Είναι ιδιαίτερα επιθυμητή η πληρέστερη συμπλήρωση και οι παραπομπές να είναι κατά το δυνατόν συγκεκριμένες (πχ. Τεχνική Προσφορά / Τεχνικό Φυλλάδιο 3, Σελ. 4 Παράγραφος 4 κλπ).

- Αντίστοιχα στο τεχνικό φυλλάδιο ή αναφορά θα υπογραμμιστεί το σημείο που τεκμηριώνει τη συμφωνία και θα σημειωθεί η αντίστοιχη παράγραφος του πίνακα συμμόρφωσης στην οποία καταγράφεται η ζητούμενη προδιαγραφή (πχ. Προδ. 1.1.4.2).

- Η μη συμμόρφωση με τα παραπάνω (πχ μη αναφορά, ασαφής ή εσφαλμένη αναφορά) μπορεί να επιφέρει την ποινή του αποκλεισμού.»

30. 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).

31. Επειδή οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (ΣΤΕ

Αριθμός απόφασης: 417/2018

743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους 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).

32. Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, *Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, *Επιτροπή κατά Δανίας*, C-243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, *SIAC Construction*, C-19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, *Μηχανική*, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, *MT Højgaard και Züblin*, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, *Universale-Bau*, C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko κ.λπ.*, C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

33. Επειδή η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ.

Αριθμός απόφασης: 417/2018

C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL*, σκ. 25 και Ψ-599/10, *SAG ELV Slovenko* κλπ, 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*, σκ. 27).

34. Επειδή σύμφωνα με το Ελεγκτικό Συνέδριο λόγω της εφαρμοζόμενης στους δημόσιους διαγωνισμούς αρχή της τυπικότητας, όλες οι διατάξεις της Διακήρυξης καθιερώνουν ουσιώδεις όρους με εξαίρεση εκείνες για τις οποίες προκύπτει το αντίθετο, με συνέπεια, ελλείψει αντίθετης ρητής διάταξης, τυχόν παραβίαση διατάξεων που αφορούν τον τρόπο υποβολής των προσφορών των διαγωνιζομένων συνεπάγεται το απαράδεκτο αυτών (Ελ. Συν. VI Τμήμα, Απόφ. 24995, 1949/2009. Πρ. 115, 10/2008, 222/2005, Ζ' Κλιμάκιο, Πρ. 116/2012, 1177/2009).

35. Επειδή, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας που διέπει την διαδικασία της αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, 111/2006, 597/2007 κ. ά.) 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.

36. Επειδή, κατά γενική αρχή του δικαίου που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς, δεν επιτρέπεται η μετά τη διενέργεια (ή κατά τη διάρκεια) διαγωνισμού τροποποίηση των όρων της διακηρύξεως που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο που τον διέπει και η βάσει των νέων όρων αξιολόγηση ή αποκλεισμός των προσφορών που ήδη υποβλήθηκαν (πρβλ σχετ. Ε.Α. 179/2009 σκ.5).

37. Επειδή από την ενδελεχή έρευνα των εγγράφων της προσφοράς της στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, αποδείχτηκε ότι κατέθεσε ηλεκτρονικό αρχείο με τον τίτλο «*ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ*» στην σελ. 2 και 3 του οποίου απάντησε «*ΝΑΙ*» στις απαιτούμενες τεχνικές προδιαγραφές του επίμαχου είδους 1, μεταξύ των οποίων προδιαγραφών αναφέρεται και η επίμαχη απαίτηση δυνατότητας ενεργοποίησης του ψαλιδιού και του διαχωριστή ιστών από το χέρι και από το πόδι, και παρέπεμψε προς απόδειξη τούτου στα «*1. ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ 2. ΦΥΛΛΟ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ 3. ΠΡΟΣΠΕΚΤ*». Περαιτέρω στο ηλεκτρονικό

Αριθμός απόφασης: 417/2018

αρχείο με τον τίτλο «ΦΥΛΛΟ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ» που κατέθεσε με την προσφορά της στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και ίδια στην επίμαχη τεχνική προδιαγραφή και αντικείμενο με αριθ. «1.5) Ένα κυρτό ψαλίδι διαμέτρου 5χιλ., μονωμένο μέχρι το άκρο, με δυνατότητα σύνδεσης με καλώδιο μονοπολικής διαθερμίας και ενεργοποίησης από το χέρι και το πόδι», απάντησε «ΝΑΙ - ΠΛΗΡΗ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗ», και εν συνεχεία στην στήλη «ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΥΠΟΨΗΦΙΟΥ ΑΝΑΔΟΧΟΥ» ανέφερε το συγκεκριμένο προσφερόμενο αντικείμενο δηλαδή το «..... 5MM ΨΑΛΙΔΙ. Ενδοσκοπικό ψαλίδι κυρτό, 5mm πλήρως μονωμένο, με ταυτόχρονη θηλυκή και αρσενική διαθερμία για περισσότερη λειτουργικότητα και σε σημείο απόμακρο από το πεδίο κίνησης του χεριού του χειρουργού για περισσότερη ασφάλεια. Μήκος 31 εκ. (ΚΩΔ. ΕΚΑΠΤΥ: 672253) ΤΜΧ. 1 (Εμπ. Κωδ. 176643)», και ακολούθως στην στήλη «ΠΑΡΑΠΟΜΠΗ» παρέπεμψε στο «Προϊοντικός Κατάλογος "Surgical Devices Product Catalogue", σελ. 55» Συστοίχως, στην επίμαχη τεχνική προδιαγραφή και αντικείμενο με αριθ. «1.7) Ένα διαχωριστή ιστών διαμέτρου 5 χιλ., με κυρτά άκρα, μονωμένο μέχρι το άκρο, με δυνατότητα κάμψης του άκρου του και σύνδεσης με καλώδιο μονοπολικής διαθερμίας και δυνατότητας ενεργοποίησης από το χέρι και το πόδι.» απάντησε «ΝΑΙ - ΠΛΗΡΗ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗ», και εν συνεχεία στην στήλη «ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΥΠΟΨΗΦΙΟΥ ΑΝΑΔΟΧΟΥ» ανέφερε το συγκεκριμένο προσφερόμενο αντικείμενο δηλαδή το «..... 5MM ΝΤΙΣΕΚΤΕΡ ΜΕ ΜΟΝΟΠΟΛΙΚΗ ΔΙΑΘΕΡΜΙΑ. Ενδοσκοπικό ντισεκτέρ κυρτό, 5mm πλήρως μονωμένο, με ταυτόχρονη θηλυκή και αρσενική διαθερμία για περισσότερη λειτουργικότητα και σε σημείο απόμακρο από το πεδίο κίνησης του χεριού του χειρουργού για περισσότερη ασφάλεια. Μήκος 31 εκ. (ΚΩΔ. ΕΚΑΠΤΥ: 672254) ΤΜΧ. 1 (Εμπ. Κωδ. 176645)» και ακολούθως στην στήλη «ΠΑΡΑΠΟΜΠΗ» παρέπεμψε στο «Προϊοντικός Κατάλογος "Surgical Devices Product Catalogue", σελ. 55». Στο δε ηλεκτρονικό αρχείο με τον τίτλο «Surgical Devices Product Catalogue» που κατέθεσε με την προσφορά της στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού η, και ίδια στην σελ. 55 αυτού απεικονίζεται το προσφερόμενο αντικείμενο (ψαλίδι) με τον εμπορικό κωδικό 176643 με την εμπορική ονομασία «.....5 mm» και περιγράφεται ως «Εργαλείο μιας χρήσης με μονοπολικό καυτηριασμό». Εν συνεχεία, στην ίδια σελίδα 55 απεικονίζεται το προσφερόμενο αντικείμενο

Αριθμός απόφασης: 417/2018

(διαχωριστής ιστών) με τον εμπορικό κωδικό 176645 με την εμπορική ονομασία «.....5 mm» και περιγράφεται ως «*Εργαλείο μιας χρήσης με μονοπολικό καυτηριασμό*». Επομένως, δεν προκύπτει από τα έγγραφα της προσφοράς της και ίδια από την σαφή παραπομπή της στην σελ. 55 του προϊοντικού καταλόγου που προσκόμισε προς απόδειξη της συμμόρφωσης με τις τεθείσες τεχνικές προδιαγραφές, η συμμόρφωση των προσφερόμενων χειρουργικών εργαλείων με την ρητή τεχνική απαίτηση της διακήρυξης να προσφέρουν δυνατότητα ενεργοποίησης από το χέρι. Ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι «..*διαπιστώνεται από τεχνικό φυλλάδιο της προσφοράς (σελίδα 87) διατίθεται ειδικός αντάπτορας (012036)* ο οποίος προσαρμόζεται τόσο στον ενδοσκοπικό διαχωριστή ιστών όσο και στο ενδοσκοπικό ψαλίδι με αποτέλεσμα να δίνει την δυνατότητα στο χειρουργό να ενεργοποιήσει την μονοπολική λειτουργία στα εν λόγω εργαλεία χειροκίνητα» είναι αβάσιμος. Και τούτο διότι η διαγωνιζόμενη δεν προσέφερε το αναφερόμενο συγκεκριμένο εξάρτημα (αντάπτορα) μαζί με τα προσφερόμενα είδη, ώστε να παρέχεται η δυνατότητα ενεργοποίησης και από το χέρι, και συνεπώς τα επίμαχα χειρουργικά εργαλεία όπως προσφέρθηκαν στον διαγωνισμό, δηλαδή, χωρίς το συγκεκριμένο εξάρτημα, δεν πληρούν την τεθείσα απαίτηση, και κατά παραδοχή ακόμη και της αναθέτουσα αρχής. Πράγματι, στην σελίδα 87 του προϊοντικού καταλόγου που προσκόμισε η περιλαμβάνεται το συγκεκριμένο εξάρτημα αντάπτορας, που αναφέρει η αναθέτουσα αρχή, με εμπορικό κωδικό 012036, το οποίο όμως δεν έχει περιληφθεί στην προσφορά της εταιρείας. Εξάλλου, ούτε η ίδια η διαγωνιζόμενη δεν παρέπεμψε στο συγκεκριμένο εξάρτημα προκειμένου να αποδείξει την συμμόρφωσή της με την τεθείσα απαίτηση, αλλά και ούτε από άλλο σημείο του προϊοντικού καταλόγου που προσκόμισε προέκυψε ότι τα συγκεκριμένα προσφερόμενα χειρουργικά εργαλεία είναι συμβατά και προσαρμόσιμα στο συγκεκριμένο εξάρτημα (αντάπτορα) που αναφέρει η αναθέτουσα αρχή και περιγράφεται στην σελ. 87 του καταλόγου. Συγκεκριμένα, στην σελίδα 87 του προϊοντικού καταλόγου που προσκόμισε η περιλαμβάνεται μεν το συγκεκριμένο εξάρτημα αντάπτορας, που αναφέρει η αναθέτουσα αρχή, το οποίο όμως δεν είναι το μόνο εξάρτημα προκειμένου να ενεργοποιηθεί η επίμαχη δυνατότητα ενεργοποίησης των εργαλείων και από το χέρι. Ειδικότερα, και σε σχέση με την επίμαχη

Αριθμός απόφασης: 417/2018

προδιαγραφή, απεικονίζεται και αναφέρεται ρητά και επιπρόσθετο πλέον του αντάπτορα ειδικό εξάρτημα, το οποίο φέρει τον εμπορικό κωδικό 012029 και περιγράφεται ως εξής : «..... για ενεργοποίηση από το χέρι, για χρήση με τα Ψαλίδι, Καθετήρα με Άγκιστρο, και Σφαιρικό Καθετήρα» (..... for hand activation; for use with, Hook probe and Ball probe»). Τα συγκεκριμένα δε αναφερόμενα χειρουργικά εργαλεία στα οποία είναι προσαρμόσιμα τα εξαρτήματα ενεργοποίησης από το χέρι φέρουν τους εμπορικούς κωδικούς 012001, 012026, 012033 (..... Ψαλίδι των 30 cm, 16 cm και 38 cm), 012035, (..... Σφαιρικός Καθετήρας των 34 cm), 012034, 012040 (..... Καθετήρας με Άγκιστρο των 35cm και 13 cm), και δεν ταυτίζονται με τα προσφερόμενα στον διαγωνισμό εργαλεία. Ειδικότερα, όλα τα προαναφερόμενα εξαρτήματα και τα προσαρμόσιμα σε αυτά ειδικά χειρουργικά εργαλεία ενεργοποίησης από το χέρι, τα οποία δεν προσφέρθηκαν στον διαγωνισμό, αποτελούν μέρη ειδικού αυτόνομου συστήματος με τον τίτλο «..... Συσκευές Υπερηχητικής Πήξης» (..... Ultrasonic Coagulation Devices» της παραγωγού εταιρείας Επιπροσθέτως του γεγονότος ότι δεν περιλαμβάνεται στο σύστημα τούτο το απαιτούμενο εργαλείο Διαχωριστής Ιστών, το Ψαλίδι που περιλαμβάνεται στο σύστημα ως προσαρμόσιμο εργαλείο για ενεργοποίηση από το χέρι είναι το ειδικό ψαλίδι Ψαλίδι με τους συγκεκριμένους ως άνω εμπορικούς κωδικούς, αναλόγως μήκους. Σε κάθε περίπτωση δε ρητά προβλέπεται στον κατατεθέντα προϊοντικό κατάλογο ότι μόνον τα ως άνω συγκεκριμένα εργαλεία είναι προσαρμόσιμα με τα εξαρτήματα ενεργοποίησης από το χέρι. Εξάλλου, τούτο αποδεικνύεται και από το τεχνικό φυλλάδιο του συστήματος της παραγωγού εταιρείας, όπως είναι αναρτημένο στην επίσημη ιστοσελίδα της στην ηλεκτρονική διεύθυνση:.....

Ειδικά για την δυνατότητα ενεργοποίησης των χειρουργικών εργαλείων από το χέρι αναφέρονται ως απαιτούμενα δύο εξαρτήματα και συγκεκριμένα : Αφενός ο «Διακόπτης Ενεργοποίησης και Αντάπτορας» τα οποία «Επιτρέπουν την ενεργοποίηση από το χέρι ...για την μείωση της κόπωσης από την χρήση του διακόπτη ποδιού» (..... Switch & Adapter Allows for hand activation of the Variable Power Level to reduce fatigue from Footswitch use» και αφετέρου ο «Δακτυλικός ενεργοποιητής» για την «Ενεργοποίηση από το χέρι...για λειτουργία ανεξάρτητη από το πετάλι» («Finger Trigger Hand

Αριθμός απόφασης: 417/2018

activation of the Variable Mode for Pedal-free operation»). Ο τρόπος δε συναρμογής όλων των απαιτούμενων τούτων εξαρτημάτων προκειμένου να επιτευχθεί η ενεργοποίηση των χειρουργικών εργαλείων από το χέρι είναι ο εξής: *«Πώς λειτουργεί ο Δακτυλικός Ενεργοποιητής ? Για να χρησιμοποιηθεί ο Δακτυλικός Ενεργοποιητής απαιτείται ο Αντάπτορας Δακτυλικής Ενεργοποίησης. Ο Αντάπτορας Δακτυλικής Ενεργοποίησης προσαρμόζεται στην πρίζα του Πεταλιού Ποδιού....και κατόπιν το Πετάλι Ποδιού και ο Δακτυλικός Ενεργοποιητής προσαρμόζονται στον Αντάπτορα»* (*«How does the Finger Trigger work? Use of the Finger Trigger requires the Finger Trigger Adapter. The Finger Trigger Adapter plugs into the Foot Pedal receptacle...., and the Foot Pedal and Finger Trigger then plug into the Adapter»*). Και περαιτέρω ρητά αναφέρεται ότι μόνον τα χειρουργικά εργαλεία της σειράς είναι λειτουργικά με τον Διακόπτη Ενεργοποίησης και συνεπώς με την ενεργοποίηση από το χέρι. Και ειδικά αναφέρεται : *« Ο Διακόπτης Ενεργοποίησης λειτουργεί με όλα τα εργαλεία ? Ο Διακόπτης Ενεργοποίησης μπορεί να χρησιμοποιηθεί με οποιοδήποτε και με όλα τα υπερηχητικά εργαλεία»* (*«TheTrigger Switch is able to be used with any and all of the Ultrasonic Instruments....»*) Στο τεχνικό φυλλάδιο του συστήματος αναφέρονται και απεικονίζονται τα ίδια ως άνω χειρουργικά εργαλεία που αναφέρονται ως άνω και στον προϊοντικό κατάλογο (σελ. 86 και 87) που κατέθεσε η, τα οποία όμως δεν είναι τα προσφερόμενα στον διαγωνισμό (σελ. 55). Συνεπώς, προκύπτει ότι: i) Η δυνατότητα ενεργοποίησης από το χέρι με την χρήση του ειδικού αντάπτορα με την εμπορική ονομασία Finger Trigger Adapter και των κωδικό 012036 αφορά μόνον στα χειρουργικά Ψαλίδια της σειράς και σε κάθε περίπτωση δεν αφορούν σε Διαχωριστές Ιστών, και ii) Τα προσφερόμενα στον διαγωνισμό χειρουργικά εργαλεία με τους εμπορικούς κωδικούς 176643 χειρουργικό Ψαλίδι με την εμπορική ονομασία «..... 5 mm », και 176645 Διαχωριστής ιστών με την εμπορική ονομασία «.....5 mm, δεν είναι χειρουργικά εργαλεία της σειράς και δεν είναι προσαρμόσιμα στα εξαρτήματα ενεργοποίησης των εργαλείων από το χέρι της σειράς προϊόντων της παραγωγού εταιρείας, παρά τα αντιθέτως προβαλλόμενα από την αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της, και iii) Δεν προκύπτει άλλως ότι τα προσφερόμενα επίμαχα εργαλεία προσφέρουν την

Αριθμός απόφασης: 417/2018

δυνατότητα ενεργοποίησης από το χέρι. Συνεπώς, τα επίμαχα προσφερόμενα προϊόντα και ιδία το χειρουργικό Ψαλίδι και ο Διαχωριστής Ιστών δεν πληρούν την τεχνική προδιαγραφή δυνατότητας ενεργοποίησης από το χέρι, κατά παράβαση των απαράβατων όρων 2.4.3.2, 2.4.6, Παράρτημα Ι προϊόν με αα 1), τεχνική προδιαγραφή 5) και 7) της διακήρυξης. Για τους λόγους αυτούς, είναι βάσιμος ο λόγος της προσφυγής και πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη κατά το μέρος που έκανε δεκτή την τεχνική προσφορά της

38. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

39. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή ως προς το επικουρικό αίτημα αυτής και ιδία ως προς το μέρος που αφορά στην απόρριψη της προσφοράς του οικονομικού φορέα, λόγω παράβασης της αρχής του ίσου μέτρου κρίσης, σύμφωνα με τα αναλυτικά αναφερόμενα στις σκέψεις 20 και 37 της παρούσας.

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

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη πράξη κατά τα οριζόμενα στο σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του παραβόλου ποσού εξακοσίων (600) ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 7-5-2018 και εκδόθηκε την 29-5-2018 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Ειρήνη Ε. Αποκάρδου

Μαρία Μανώλογλου