

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 01.08.2018, με την εξής σύνθεση:
Κωνσταντίνος Κορομπέλης Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη-Εισηγήτρια και
Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 28.06.2018 (ημερομηνία καταχώρησης στο
διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστική Προσφυγή,
με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών
Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 599/28.06.2018, της εταιρείας με την επωνυμία
«.....» και δ.τ. «.....»,
που εδρεύει στην, οδός, αρ. 64, όπως νόμιμα
εκπροσωπείται.

Κατά της υπ' αριθ.15ης/11.06.2018 (θέμα 48ο) Απόφασης του
....., αναφορικά με την υπ'
αριθ. 5/2018 Διακήρυξη διενέργειας ηλεκτρονικού, ανοικτού, διεθνούς,
διαγωνισμού για την προμήθεια «Ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού στο
.....», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον
συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης
ποιότητας – τιμής, συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 404.000,00€
συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την
ακύρωση της ανωτέρω προσβαλλόμενης πράξης κατά το μέρος που με αυτήν
απορρίφθηκε η προσφορά της για το Τμήμα 2 «Πολυθρόνες Αιμοκάθαρσης»
κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής και επιπροσθέτως έγιναν
αποδεκτά τα δικαιολογητικά συμμετοχής (και η τεχνική προσφορά) της έτερης
συμμετέχουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....» καθώς και

Αριθμός απόφασης: 655 /2018

αυτά -τα δικαιολογητικά συμμετοχής (και η τεχνική προσφορά)- της εταιρείας με την επωνυμία «.....» για το ως άνω υπό προμήθεια είδος του διαγωνισμού, αφού - ως η προσφεύγουσα ισχυρίζεται - παραβιάζεται η νομοθεσία περί δημοσίων συμβάσεων, καθώς και οι όροι της Διακήρυξης για τους αναφερόμενους στην υπό εξέταση Προσφυγή της λόγους.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αριθ. 5/2018 Διακήρυξη του προκηρύχθηκε ανοικτός, ηλεκτρονικός, διεθνής διαγωνισμός για την προμήθεια «Ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού στο , προϋπολογιζόμενης δαπάνης 404.000,00€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. με κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής, με τη δυνατότητα υποβολής προσφοράς είτε για το σύνολο του προκηρυχθέντος εξοπλισμού είτε για ένα ή περισσότερα τμήματα/ μηχανήματα αυτού, η οποία καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με ΑΔΑΜ καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 13.02.2018, όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α Αντικείμενο της σύμβασης είναι η προμήθεια συστημάτων βιοϊατρικού εξοπλισμού για τις ανάγκες των δημόσιων δομών του ως κάτωθι: (1.) Μηχανήματα Τεχνητού Νεφρού Αιμοδιήθησης – Αιμοδιαδιήθησης και ON-LINE Μεθόδων συνολικού προϋπολογισμού ύψους 145.161,29€ άνευ ΦΠΑ (2.) Πολυθρόνες Αιμοκάθαρσης συνολικού προϋπολογισμού ύψους 18.145,16€ άνευ ΦΠΑ (3.) Κλίβανος Ταχείας Αποστείρωσης συνολικού προϋπολογισμού ύψους 6.048,39€ άνευ ΦΠΑ (4.) Αναπνευστήρες ΜΕΘ συνολικού προϋπολογισμού ύψους 80.645,16€ άνευ ΦΠΑ (5.) Σύστημα Ασφαλούς Απόρριψης Κυτταροστατικών συνολικού προϋπολογισμού ύψους 4.032,26€ άνευ ΦΠΑ (6.) Σετ Πεταλεκτομής

Αριθμός απόφασης: 655 /2018

Πολλαπλών Χρήσεων συνολικού προϋπολογισμού ύψους 16.129,03€ άνευ ΦΠΑ (7.) Σετ Κρανιοτομής Πολλαπλών Χρήσεων συνολικού προϋπολογισμού ύψους 14.516,13€ άνευ ΦΠΑ (8.) Κρανιοτόμος συνολικού προϋπολογισμού ύψους 24.193,55€ άνευ ΦΠΑ (9.) Επαναφορτιζόμενα Ηλεκτρικά Τρυπάνια συνολικού προϋπολογισμού ύψους 14.516,13€ άνευ ΦΠΑ (10.) Εξωτερικός Βηματοδότης συνολικού προϋπολογισμού ύψους 2.419,35€ άνευ ΦΠΑ. Η παρούσα Προσφυγή ασκείται για το Τμήμα 2, «Πολυθρόνες Αιμοκάθαρσης», για το οποίο και κατέθεσε προσφορά η προσφεύγουσα.

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 221188398958 0827 0069) ποσού 600,00€, το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης και για τα τμήματα της Διακήρυξης σχετικά με τα οποία ασκείται η παρούσα Προδικαστική Προσφυγή, ήτοι για το είδος «Πολυθρόνες Αιμοκάθαρσης», εκτιμώμενης αξίας ποσού 18.145,16€ άνευ ΦΠΑ, το οποίο συνιστά, κατά τις προαναφερόμενες διατάξεις, το κατώτατο ποσό παραβόλου που δύναται να προσκομίσει ο προσφεύγων σε περίπτωση που η αξία αυτού σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογισθείσας αξίας της υπό ανάθεση σύμβασης υπολείπεται του ως άνω κατώτατου ποσού, ως εν προκειμένω.

3. Επειδή, έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια), της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 325.806,46€ χωρίς Φ.Π.Α., σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του χρόνου αποστολής της Προκήρυξης για δημοσίευση στην Ε.Ε.Ε.Ε. (08.02.2018), σύμφωνα με τα άρθρα 61, 120, 376 και 379 - όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν - του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π.

Αριθμός απόφασης: 655 /2018

5. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. α'), έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη αναρτήθηκε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ και κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους στις 18.06.2018, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 28.06.2018, ήτοι εντός της εκ του νόμου ως άνω δεκαήμερης προβλεπόμενης προθεσμίας.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της υπ' αριθ.15ης/11.06.2018 (θέμα 48ο) απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου, κατά το μέρος που με αυτήν απορρίφθηκε η προσφορά της για το τμήμα (2) «Πολυθρόνες Αιμοκάθαρσης» αναφορικά με τα δικαιολογητικά συμμετοχής της και επιπροσθέτως διότι έγιναν αποδεκτά τα δικαιολογητικά συμμετοχής της έτερης συμμετέχουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....» καθώς και αυτά της εταιρείας με την επωνυμία «.....» για το υπό προμήθεια είδος Τμήματος 2 «Πολυθρόνες Αιμοκάθαρσης» της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας και εγκρίθηκε η συνέχιση των δύο ως άνω εταιρειών στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού. Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι έχει υποβάλει νομίμως και εμπροθέσμως την προσφορά της και εύλογα προσδοκά να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση, ισχυριζόμενη ότι έχει υποστεί ζημία από την απόρριψη αυτής –της προσφοράς της- με τη προσβαλλόμενη πράξη στο στάδιο αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικής προσφοράς του εν λόγω διαγωνισμού, καθώς επίσης και της αποδοχής των δικαιολογητικών συμμετοχής των δύο ως άνω αναφερόμενων συνδιαγωνιζόμενων εταιρειών, οι οποίες υπέβαλαν προσφορά για το αυτό είδος του διαγωνισμού, για το οποίο υπέβαλε προσφορά και η προσφεύγουσα, αν και οι προσφορές τους δεν ήταν σύνομες και σε συμμόρφωση με τους όρους του κανονιστικού πλαισίου της διακήρυξης.

Αριθμός απόφασης: 655 /2018

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αριθ. 10904/09.07.2018 έγγραφό της εκφράζει τις απόψεις της επί της εν λόγω Προσφυγής. Επέκεινα, σύμφωνα με τα άρθρα 365 παρ. 1 του Ν.4412/2016 και 9 παρ. 1 του Π.Δ.39/2017, η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις Απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την Προδικαστική Προσφυγή πράξης.

8. Επειδή, με την υπ' αριθ. Α 313/2018 Απόφαση της Α.Ε.Π.Π. ανεστάλη η περαιτέρω πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας της υπ' αριθ. 5/2018 Διακήρυξης διενέργειας ηλεκτρονικού, ανοικτού, διεθνούς, διαγωνισμού για την προμήθεια «Ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού στο» για το υπό προμήθεια είδος «ΠΟΛΥΘΡΟΝΕΣ ΑΙΜΟΚΑΘΑΡΣΗΣ», μέχρι την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

9. 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, σύμφωνα με το 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, 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

Αριθμός απόφασης: 655 /2018

να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017.

10. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της προσφυγή της υποστηρίζει ότι μη νομίμως η αναθέτουσα αρχή απέρριψε τη προσφορά της αναφέροντας σχετικά στη προσβαλλόμενη ως άνω Απόφαση, ελλείψει οποιασδήποτε άλλης αιτιολογίας, ότι η συμμετέχουσα εταιρεία και νυν προσφεύγουσα α) αναφορικά με την Τεχνική και Επαγγελματική ικανότητα (άρθρο 2.2.6. της Διακήρυξης) δηλώνει στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.) ότι το προσφερόμενο είδος είναι νέο είδος και δεν υπάρχουν πωλήσεις – συμβάσεις, όπως και ότι επαναδραστηριοποιήθηκε στο τομέα των ιατροτεχνολογικών πωλήσεων τον Αύγουστο 2017 και καταθέτει συμβάσεις σε βιοιατρικό εξοπλισμό χωρίς να τις δηλώνει στο Ε.Ε.Ε.Σ. Αναφορικά δε β) με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια (άρθρο 2.2.5. της διακήρυξης) αναφέρει η αναθέτουσα αρχή στη προσβαλλόμενη Απόφαση ότι δηλώνει η συμμετέχουσα εταιρεία και νυν προσφεύγουσα στο Ε.Ε.Ε.Σ. πως επαναδραστηριοποιήθηκε στο τομέα των ιατροτεχνολογικών πωλήσεων την 11/07/2017 για αυτό δεν έχει ακόμη ολοκληρώσει ετήσιο κύκλο εργασιών στον τομέα, δηλώνει κατά συνέπεια μηνιαίο κύκλο εργασιών για τον Αύγουστο και Σεπτέμβριο 2017. Υποστηρίζει σχετικά η προσφεύγουσα στην υπό κρίση Προσφυγή της ότι α) η προσβαλλόμενη απόφαση ενέκρινε το πρακτικό της Επιτροπής διενέργειας διαγωνισμού ως αυτό έχει και απέρριψε τη προσφορά της κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής, χωρίς να εμπεριέχεται κατά τα λοιπά καμία αιτιολογία στη προσβαλλόμενη παρά μόνο αυτή που επέχει το ενσωματωμένο σε αυτή πρακτικό της Επιτροπής διενέργειας διαγωνισμού. Στο εν λόγω πρακτικό δε, υποστηρίζει η προσφεύγουσα, ήτοι αυτό της 2^{ης} συνεδρίασης της 22/05/2018 δεν αναφέρεται καμία αιτιολογία ως προς την απόρριψη των δικαιολογητικών συμμετοχής αλλά αυτό που αναφέρεται είναι ότι «Σύμφωνα με όλα τα παραπάνω η επιτροπή κρίνει ότι δεν είναι σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης και δεν γίνονται αποδεκτά τα δικαιολογητικά συμμετοχής των παρακάτω εταιρειών και ως εκ τούτου κρίνεται η απόρριψη τους», κρίση που είναι γενική, αόριστη, ασαφής και

Αριθμός απόφασης: 655 /2018

ανεπαρκής και δεν πληροί τα κριτήρια που θέτουν οι διατάξεις των άρθρων 17 παρ. 1 και 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας περί ειδικής, σαφούς και επαρκούς αιτιολόγησης των διοικητικών πράξεων. Στη περίπτωση που γίνει δεκτό ότι η ως άνω κρίση της επιτροπής συμπληρώνεται νομίμως και επιτρεπτός με εκείνη που περιλαμβάνεται στο πρακτικό της 1^{ης} συνεδρίασης της 20/03/2018, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι και πάλι δεν συνιστά νόμιμη αιτιολογία, αλλά είναι πλημμελής δεδομένου ότι συνιστά απλή επανάληψη των δηλωθέντων από τη συμμετέχουσα και νυν προσφεύγουσα εταιρεία στο Ε.Ε.Ε.Σ. σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική της ικανότητα καθώς και την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια που απαιτούσε η διακήρυξη, χωρίς να επισημαίνει η Επιτροπή εάν υπάρχει και σε τι ακριβώς συνίσταται η μη συμμόρφωση της συμμετέχουσας και νυν προσφεύγουσας εταιρείας με τους όρους της διακήρυξης, ώστε να είναι σαφής ο λόγος για τον οποίο απορρίφθηκε τελικά η προσφορά της. Δεν είναι δηλαδή σαφές από τη προσβαλλόμενη, κατά τη προσφεύγουσα, εάν η προσφορά της απορρίπτεται γιατί δεν δήλωσε στο Ε.Ε.Ε.Σ. τις τρεις συμβάσεις που έχει καταθέσει ή επειδή κατέθεσε συμβάσεις για το χρονικό διάστημα που επαναδραστηριοποιήθηκε η εταιρεία και ως εκ τούτου όχι για τα τελευταία τρία έτη κατά το Ε.Ε.Ε.Σ. ή πέντε έτη κατά τη διακήρυξη ή επειδή για τον ίδιο λόγο δεν δύναντο να καταθέσει ετήσιο κύκλο εργασιών αλλά αυτό που δηλώθηκε είναι ο μηνιαίος κύκλος εργασιών για τον Αύγουστο και Σεπτέμβριο 2017, που ωστόσο υπερκαλύπτει τον προϋπολογισμό του προσφερόμενου εξοπλισμού. Με τον δεύτερο λόγο προσφυγής της σχετικά με την απόρριψη της προσφοράς της από την αναθέτουσα αρχή, υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι β) οι συγκεκριμένοι όροι 2.2.5 και 2.2.6 της διακήρυξης, με τους οποίους ζητείται από τους οικονομικούς φορείς, αφενός μεν να δηλώσουν ότι διαθέτουν μέσο γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών κατά τη τελευταία τριετία ίσο με το 100% του προϋπολογισμού του εξοπλισμού για τον οποίο υποβάλλουν προσφορά, αφετέρου δε, να καταθέσουν τουλάχιστον τρεις συμβάσεις προμηθειών ή συντηρήσεων συστημάτων βιοϊατρικού εξοπλισμού που έχουν εκτελέσει κατά τη τελευταία πενταετία (τριετία κατά το προδιατυπωμένο Ε.Ε.Ε.Σ. του διαγωνισμού), έχουν την έννοια

Αριθμός απόφασης: 655 /2018

ότι οι ενδιαφερόμενοι να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό οικονομικοί φορείς, που έχουν λιγότερο από τρία έτη λειτουργίας ή διαθέτουν τα ζητούμενα από τη διακήρυξη είδη για χρονικό διάστημα μικρότερο των πέντε (ή τριών) ετών δεν αποκλείονται εκ του λόγου αυτού από τη συμμετοχή στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία αλλά δύνανται να προσκομίσουν συμβάσεις ή να δηλώσουν κύκλο εργασιών για το αντίστοιχο διάστημα που λειτουργούν ή διαθέτουν τα εν λόγω είδη, αρκεί να το δηλώσουν στη προσφορά τους. Με τον τρίτο λόγο προσφυγής της και σχετικά με την απόρριψη της προσφοράς της με τη προσβαλλόμενη από την αναθέτουσα αρχή, υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι γ) ακόμη και αν υποτεθεί ότι η αναθέτουσα αρχή με τη προσβαλλόμενη απόφαση έχουσα ως νόμιμη αιτιολογία το πρακτικό της επιτροπής, απέρριψε τη προσφορά της συμμετέχουσας και νυν προσφεύγουσας εταιρείας για τον λόγο ότι δεν δηλώθηκαν στο Ε.Ε.Ε.Σ. που υποβλήθηκε οι τρεις συμβάσεις προμήθειας βιοϊατρικού εξοπλισμού, που όμως κατατέθηκαν με τη προσφορά της, η εν λόγω απόφαση πάσχει αφού κατά τη προσφεύγουσα αυτό έγινε μη σύννομα διότι καταρχάς από κανένα όρο της διακήρυξης δεν προβλέπεται και δη επί ποινή αποκλεισμού ότι ο προσφέρων θα πρέπει να υποχρεωτικά να κατονομάσει ρητά τις συμβάσεις του στο Ε.Ε.Ε.Σ. και όχι μόνο να τις καταθέσει αυτούσιες με τη προσφορά του, κατά δεύτερον στην ίδια τη διακήρυξη ορίζεται επί ποινή αποκλεισμού να κατατεθούν οι εν λόγω συμβάσεις αυτούσιες, όπερ μείζον, κατά τη προσφεύγουσα σε σχέση με το έλασσον που είναι η μνεία τους στο Ε.Ε.Ε.Σ., κατά τρίτον η απόρριψη της προσφοράς είναι μη σύννομη, καθόσον σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 102 παρ. 4 του Ν.4412/2016, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να καλέσει την προσφέρουσα εταιρεία και νυν προσφεύγουσα για παροχή διευκρινήσεων, εφόσον επίκειτο ο αποκλεισμός της σχετικά με την ασάφεια που υπήρχε στο υποβληθέν από αυτήν Ε.Ε.Ε.Σ. Κατόπιν των ανωτέρω, η προσφεύγουσα αιτείται όπως ακυρωθεί η προσβαλλόμενη κατά το σκέλος που απέρριψε τη προσφορά της για το Τμήμα 2 κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής, να κριθεί ότι τα υποβληθέντα δικαιολογητικά είναι σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης και

Αριθμός απόφασης: 655 /2018

να αξιολογηθεί η τεχνική της προσφορά έτσι ώστε να συνεχίσει στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού.

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

12. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, οι όροι της διακήρυξης δεσμεύουν τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους διαγωνιζόμενους, καθόσον η διακήρυξη αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο διενέργειας του διαγωνισμού. Εφόσον, λοιπόν, προσδιορίζονται επακριβώς στην διακήρυξη τα προς συμμετοχή στο διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και ο τρόπος υποβολής, κατά την κατάθεση της προσφοράς, των δικαιολογητικών και λοιπών στοιχείων, ενόψει αυτών, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν τη διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα απαιτούμενα από την διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία κατά τον τρόπο και τη διαδικασία που η διακήρυξη επιβάλλει για την απόδειξη ιδιότητας κρίσιμης για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό (Ε.Α. ΣΤΕ 19/2011, ΣΤΕ 1329/2008). Ειδικά σε σχέση με το περιεχόμενο της υποβληθείσας προσφοράς, όπως έχει κριθεί από τη νομολογία, οι προσφορές που υποβάλλουν οι υποψήφιοι πρέπει να ανταποκρίνονται στις προδιαγραφές που θέτει και μάλιστα επί ποινή αποκλεισμού η διακήρυξη, ενώ τυχόν ελλείψεις ή ουσιώδεις αποκλίσεις τους δεν αναπληρώνονται από τη γενική δήλωση των υποψηφίων περί συμμόρφωσής τους με τους όρους της διακήρυξης (ΣΤΕ Ασφ 883/08, ΔΕΦΑΘ 980/13). Εξάλλου, σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «με ποινή αποκλεισμού...», «με ποινή απαραδέκτου οι συμμετέχοντες

Αριθμός απόφασης: 655 /2018

πρέπει...» ή άλλους παρόμοιους, είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της (βλ. Γνμδ ΝΣΚ 70/2002).

13. Επειδή, σε συνέχεια των ως άνω, 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, Αποφ. 24995, 1949/2009. Πρ. 115, 10/2008, 222/2005, Ζ' Κλιμάκιο, Πρ. 116/2012, 1177/2009), πολλώ, δε, μάλλον όταν υφίσταται ρητή πρόβλεψη ότι συγκεκριμένος όρος τίθεται επί ποινή αποκλεισμού.

14. Επειδή, η τήρηση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας προϋποθέτει, περαιτέρω, 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. ΔΕΕ απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, C-496/1999 CAS Succhi di Frutta SpA).

15. Επειδή, εν προκειμένω, στην με αριθμ. 5/2018 Διακήρυξη (με ΑΔΑ:) του ορίζεται ότι:
«2.2.5 Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια. Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς δηλώνουν ότι απαιτείται να διαθέτουν

Αριθμός απόφασης: 655 /2018

μέσο γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών κατά την τελευταία τριετία που θα ισούται με το 100% του προϋπολογισμού του ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ για τον οποίο υποβάλλουν προσφορά. Αν υποβάλλουν προσφορά για το σύνολο του ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ θα πρέπει να διαθέτουν μέσο γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών κατά την τελευταία τριετία που θα ισούται με το 100% του προϋπολογισμού του συνόλου του παρόντος διαγωνισμού.

2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς επί ποινής αποκλεισμού οφείλουν να καταθέσουν:

α) Τουλάχιστον τρεις συμβάσεις προμηθειών ή συντηρήσεων συστημάτων βιοϊατρικού εξοπλισμού που έχουν εκτελέσει κατά τη διάρκεια της τελευταίας πενταετίας, ως συμβάσεις νοούνται πάσης φύσεως προμήθειες ή συντηρήσεων συστημάτων βιοϊατρικού εξοπλισμού καθώς και οι παρατάσεις αυτών.

β) το τεχνικό προσωπικό ή τεχνικούς φορείς, ιδίως τους υπεύθυνους για τον έλεγχο της ποιότητας που διαθέτουν, γ) τα συστήματα διαχείρισης της αλυσίδας εφοδιασμού και ανίχνευσης κατά την εκτέλεση της σύμβασης που διαθέτουν δ) μέτρα περιβαλλοντικής διαχείρισης κατά την εκτέλεση της σύμβασης (ISO 14001:2015), EMAS (EcoManagement and Audit Scheme) ή ισοδύναμα πιστοποιητικά περιβαλλοντικής διαχείρισης.» Και περαιτέρω στο κεφάλαιο 2.4.3 με τίτλο Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά «2.4.3.1 Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν: α) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.), όπως προβλέπεται στην παρ. 1 και 3 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016 και β) την εγγύηση συμμετοχής, όπως προβλέπεται στο άρθρο 72 του Ν.4412/2016 και τα άρθρα 2.1.5 και 2.2.2 αντίστοιχα της παρούσας διακήρυξης. Οι προσφέροντες συμπληρώνουν το σχετικό πρότυπο ΕΕΕΣ το οποίο έχει αναρτηθεί, σε μορφή αρχείων τύπου XML και PDF, στη διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr του ΕΣΗΔΗΣ και αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης. Το ΕΕΕΣ αποτελεί υπεύθυνη δήλωση σχετικά με την οικονομική κατάσταση, τις τεχνικές και λοιπές ικανότητες και την καταλληλότητα επιχειρήσεων για διαδικασίες σύναψης σύμβασης. Διατίθεται σε όλες τις γλώσσες της ΕΕ και χρησιμοποιείται ως προκαταρκτική

Αριθμός απόφασης: 655 /2018

απόδειξη εκπλήρωσης όλων των απαιτούμενων όρων στις διαδικασίες δημοσίων συμβάσεων σε ολόκληρη την ΕΕ. Χάρης στο ΕΕΕΣ, οι υποβάλλοντες προσφορά δεν χρειάζεται πλέον να υποβάλλουν πλήρη αποδεικτικά στοιχεία και έντυπα που χρησιμοποιούνταν παλαιότερα στις διαδικασίες σύναψης σύμβασης στην ΕΕ, κάτι που απλουστεύει την πρόσβαση σε ευκαιρίες διασυνοριακής υποβολής προσφοράς. Στο ΕΕΕΣ ουσιαστικά δηλώνεται από τον κάθε υποψήφιο ότι πληρούνται τα κριτήρια επιλογής και οι προϋποθέσεις συμμετοχής (σύμφωνα με την ισχύουσα νομοθεσία ή/και την Διακήρυξη) και ότι οι συμμετέχοντες δεν εμπίπτουν σε κάποιο λόγο αποκλεισμού (ν. 4412/16 άρθρα 75 ως 77, 305, 306). Περιλαμβάνει πληροφορίες σχετικά με τους έτερους φορείς στους οποίους τυχόν στηριχθεί ο υποβάλλον προσφορά. Προσδιορίζει τη δημόσια αρχή ή το τρίτο μέρος που είναι υπεύθυνο για την έκδοση των σχετικών δικαιολογητικών και περιλαμβάνει επίσημη δήλωση ότι ο οικονομικός φορέας θα είναι σε θέση, εφόσον του ζητηθεί και χωρίς καθυστέρηση, να προσκομίσει τα εν λόγω δικαιολογητικά. Περιέχει τις πληροφορίες που απαιτούνται, όπως πχ την ηλεκτρονική διεύθυνση της βάσης δεδομένων, τυχόν δεδομένα αναγνώρισης και, κατά περίπτωση, την απαραίτητη δήλωση συναίνεσης, όταν η αναθέτοντα φορέα μπορεί να λάβει γνώση των σχετικών δικαιολογητικών με απευθείας πρόσβαση σε βάση δεδομένων. Η διαδικασία υποβολής από τον υποψήφιο έχει ως εξής: • Ο υποψήφιος οικονομικός φορέας πρέπει να «κατεβάσει» το αρχείο από το ΕΣΗΔΗΣ, να το αποθηκεύσει στον Η/Υ του και να μεταβεί στην ιστοσελίδα <https://ec.europa.eu/growth/toolsdatabases/espd/filter?lang=el>. Στην ιστοσελίδα αυτή, πρέπει να επιλέξει «Εισαγωγή ΕΕΕΣ» και να τηλεφορτώσει («ανεβάσει») το αρχείο του συγκεκριμένου ΕΕΕΣ του διαγωνισμού που θα τηλεαποθηκεύσει («κατεβάσει») από το ΕΣΗΔΗΣ. • Στην ανωτέρω ιστοσελίδα, συμπληρώνει και επιλέγει ηλεκτρονικά, τα κατάλληλα πεδία που έχουν καθοριστεί από την αναθέτοντα φορέα, καθώς και τα πεδία με την ημερομηνία και τον τόπο σύνταξης. Αν είναι δυνατό, υπογράφει ψηφιακά στο κατάλληλο σημείο. • Επιλέγει «Εκτύπωση». Το αρχείο εμφανίζεται σε εκτυπώσιμη μορφή και είναι πλέον δυνατή η εκτύπωση του με χρήση κάποιου προγράμματος εκτυπωτή σε μορφή .pdf. Σε περιβάλλον Microsoft Windows, το ΕΕΕΣ μπορεί να

Αριθμός απόφασης: 655 /2018

εκτυπωθεί ως αρχείο PDF μέσω του Chrome (έχει ήδη ενσωματωμένη λειτουργία εκτύπωσης PDF). Διαφορετικά, μπορεί να χρησιμοποιήσει οποιοδήποτε πρόγραμμα δημιουργίας αρχείων PDF που διατίθεται δωρεάν στο διαδίκτυο. Σε περιβάλλον Mac OSX ή Linux, το eΕΕΕΣ μπορεί να εκτυπωθεί από κάθε φυλλομετρητή. • Υπογράφει ψηφιακά το αρχείο pdf που εκτύπωσε (ακόμη και αν το έχει υπογράψει ψηφιακά στην ιστοσελίδα). • Υποβάλλει το αρχείο του ΕΕΕΣ τόσο σε μορφή .xml (αν έχει δημιουργηθεί από την Α.Α.) όσο και σε .pdf στο φάκελο της προσφοράς του με τα δικαιολογητικά συμμετοχής. Η Επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού, αξιολογεί το ΕΕΕΣ είτε με τη χρήση του αρχείου .pdf (είτε με την τηλεφόρτωση του αρχείου .xml) στην ιστοσελίδα που το δημιούργησε.[...]

Στο δε αρχείο του συγκεκριμένου ΕΕΕΣ του διαγωνισμού που είναι αναρτημένο στο δικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ ορίζεται στα σχετικά πεδία «Β: Οικονομική και χρηματοδοτική επάρκεια. Στο άρθρο 58 παράγραφος 3 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ ορίζονται τα ακόλουθα κριτήρια επιλογής. Μέσος ετήσιος κύκλος εργασιών. Ο μέσος ετήσιος κύκλος εργασιών του οικονομικού φορέα για τον αριθμό οικονομικών ετών που απαιτούνται βάσει της σχετικής προκήρυξης, των εγγράφων σύναψης της σύμβασης ή του ΕΕΕΠ είναι ο εξής: Αριθμός ετών Μέσος κύκλος εργασιών και Γ: Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα Στο άρθρο 58 παράγραφος 4 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ ορίζονται τα ακόλουθα κριτήρια επιλογής Για τις συμβάσεις προμηθειών: επιδόσεις παράδοσης του συγκεκριμένου τύπου. Μόνο για τις συμβάσεις δημόσιων προμηθειών: Κατά τη διάρκεια της περιόδου αναφοράς, ο οικονομικός φορέας έχει εκτελέσει τις ακόλουθες κυριότερες παραδόσεις του συγκεκριμένου τύπου. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ζητούν έως τρία έτη και να επιτρέπουν την τεκμηρίωση πείρας που υπερβαίνει τα τρία έτη.»

16. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω και από την επισκόπηση του φακέλου της υπόθεσης, προκύπτει ότι σύμφωνα με το κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας και σχετικά με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, απαιτείτο οι οικονομικοί φορείς να δηλώνουν ότι (και να) διαθέτουν μέσο γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών κατά την τελευταία τριετία που θα ισούται με το 100% του προϋπολογισμού του εξοπλισμού

Αριθμός απόφασης: 655 /2018

(τμήμα) για τον οποίο υποβάλλουν προσφορά, αν, δε, υποβάλλουν προσφορά για το σύνολο του εξοπλισμού (τμημάτων) θα πρέπει να διαθέτουν μέσο γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών κατά την τελευταία τριετία που θα ισούται με το 100% του προϋπολογισμού του συνόλου του προκείμενου διαγωνισμού. Σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα της προκείμενης διαγωνιστικής διαδικασίας, οι οικονομικοί φορείς επί ποινή αποκλεισμού οφείλουν να καταθέσουν τουλάχιστον τρεις συμβάσεις προμηθειών ή συντηρήσεων συστημάτων βιοϊατρικού εξοπλισμού που έχουν εκτελέσει κατά τη διάρκεια της τελευταίας πενταετίας, ως συμβάσεις δε κατά την έννοια της εν λόγω διαγωνιστικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης νοούνται πάσης φύσεως προμήθειες ή συντηρήσεις συστημάτων βιοϊατρικού εξοπλισμού καθώς και οι παρατάσεις αυτών. Δεδομένων των ως άνω, η συμμετέχουσα και νυν προσφεύγουσα εταιρεία όφειλε να δηλώσει για την πλήρωση του κριτηρίου επιλογής της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, τον μέσο γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών της κατά την τελευταία τριετία που θα έπρεπε να ισούται με το 100% του προϋπολογισμού του εξοπλισμού (τμήματος 2) για τον οποίο και υπέβαλε προσφορά, αντί τούτου η τελευταία δήλωσε στο σχετικό πεδίο του Ε.Ε.Ε.Σ. τον μηνιαίο κύκλο εργασιών της από 01-08-2017 έως 31-08-2017 που είναι 70.636,23€ και από 01-09-2017 έως 30-09-2017 που είναι ύψους 150.806,05€, αναφέροντας επιπροσθέτως ότι δεν έχει ακόμη ολοκληρώσει ετήσιο κύκλο εργασιών της στον τομέα αυτό διότι η εταιρεία επαναδραστηριοποιήθηκε στον τομέα των ιατροτεχνολογικών προϊόντων την 11-07-2017. Με την προκείμενη σχετική δήλωση της στο Ε.Ε.Ε.Σ., εντούτοις, δεν συμμορφώνεται με τους όρους της διακήρυξης και σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στις σκέψεις 11-15, η υποβληθείσα προσφορά της κατά το σκέλος αυτό δεν πληροί τις τεθείσες από την αναθέτουσα αρχή απαιτήσεις και υποχρεώσεις αντιστοίχως των συμμετεχόντων. Ορθώς κατά συνέπεια απερρίφθη κατά αυτό το μέρος η προσφορά της από την αναθέτουσα αρχή και ο σχετικός λόγος προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

17. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι οι συγκεκριμένοι όροι 2.2.5 και 2.2.6 της διακήρυξης, με

Αριθμός απόφασης: 655 /2018

τους οποίους ζητείται από τους οικονομικούς φορείς, αφενός μεν να δηλώσουν ότι διαθέτουν μέσο γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών κατά τη τελευταία τριετία ίσο με το 100% του προϋπολογισμού του εξοπλισμού για τον οποίο υποβάλλουν προσφορά, αφετέρου δε, να καταθέσουν τουλάχιστον τρεις συμβάσεις προμηθειών ή συντηρήσεων συστημάτων βιοϊατρικού εξοπλισμού που έχουν εκτελέσει κατά τη τελευταία πενταετία, έχουν την έννοια ότι οι ενδιαφερόμενοι να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό οικονομικοί φορείς, που έχουν λιγότερο από τρία έτη λειτουργίας ή διαθέτουν τα ζητούμενα από τη διακήρυξη είδη για χρονικό διάστημα μικρότερο των πέντε ετών δεν αποκλείονται εκ του λόγου αυτού από τη συμμετοχή στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία αλλά δύνανται να προσκομίσουν συμβάσεις ή να δηλώσουν κύκλο εργασιών για το αντίστοιχο διάστημα που λειτουργούν ή διαθέτουν τα εν λόγω είδη, αρκεί να το δηλώσουν στη προσφορά τους, ανεξάρτητα από το αν ευσταθεί ή όχι, κρίση που σε κάθε περίπτωση δύναται να συναχθεί μόνο με την κατ' ουσίαν εξέτασης του, προβάλλεται απαραδέκτως από τη προσφεύγουσα, αφού αφορά στη νομιμότητα, αναγκαιότητα ή και σκοπιμότητα των σχετικών όρων της διακήρυξης που μπορούσε, εντούτοις, να προβληθεί και να προσβληθεί εμπροθέσμως. Συνεπώς και σε κάθε περίπτωση δεν δύναται να τύχει παραδεκτής επίκλησης κατά το στάδιο αξιολόγησης των προσφορών, διότι δια της μη έγκαιρης προβολής του δια προδικαστικής προσφυγής στρεφόμενης κατά της διακήρυξης και της ανεπιφύλακτης συμμετοχής της στο διαγωνισμό, η συμμετέχουσα παύει να έχει οποιοδήποτε έννομο συμφέρον και συνεπώς οι εκ των υστέρων αμφισβητήσεις του κύρους των όρων της διακήρυξης δεν είναι σύνομες (ΣτΕ 2770/2013). Προς επίρρωσιν δε των ανωτέρω, ο εν λόγω όρος για την πλήρωση του κριτηρίου της οικονομικής και χρηματοοικονομικής ικανότητας και για τον μέσο γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών κατά τη τελευταία τριετία όχι μόνο έτυχε ανεπιφύλακτης συμμετοχής από την προσφέρουσα και νυν προσφεύγουσα εταιρεία με την υποβολή της προσφοράς της χωρίς καμία επιφύλαξη αλλά δεν ζητήθηκε από την τελευταία ούτε σχετική διευκρίνιση σύμφωνα με τους όρους του σχετικού κεφαλαίου 2.1.3 της υπόψη διακήρυξης για την Παροχή Διευκρινίσεων από την αναθέτουσα αρχή.

Αριθμός απόφασης: 655 /2018

18. Επειδή, κατά τα ως άνω δεδομένα, οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας, καθ' ο μέρος πλήττουν την προσβαλλόμενη απόφαση λόγω ελλείψεως ή πλημμελούς αιτιολογίας όσον αφορά την απόρριψη της προσφοράς της κατά αυτό το σκέλος, πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμες, αφού, κατά τα προεκτεθέντα, η αναθέτουσα αρχή με τη προσβαλλόμενη ενέκρινε το πρακτικό της Επιτροπής το οποίο εμπεριέχει σαφή και επαρκή αιτιολογία, διατυπώνοντας ότι «Η εταιρεία όσον αφορά : Α) την Τεχνική και Επαγγελματική ικανότητα (άρθρο 2.2.6.) α) δηλώνει στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ) ότι το προσφερόμενο είδος είναι νέο είδος και δεν υπάρχουν πωλήσεις - συμβάσεις. Ότι η εταιρεία επαναδραστηροποιήθηκε στο τομέα των ιατροτεχνολογικών πωλήσεων τον Αύγουστο 2017 και καταθέτει συμβάσεις σε βιοϊατρικό εξοπλισμό χωρίς να τις δηλώνει στο Ε.Ε.Ε.Σ Β) Την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια (άρθρο 2.2.5 της διακήρυξης). Δηλώνει στο Ε.Ε.Ε.Σ. ότι η εταιρεία επαναδραστηροποιήθηκε στο τομέα των ιατροτεχνολογικών πωλήσεων 11/07/2017 για αυτό δεν έχει ακόμη ολοκληρώσει ετήσιο κύκλο εργασιών στον τομέα και δηλώνει μηνιαίο κύκλο εργασιών για τον Αύγουστο και Σεπτέμβριο 2017. [...] Σύμφωνα με όλα τα παραπάνω η επιτροπή κρίνει ότι δεν είναι σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης και δεν γίνονται αποδεκτά τα δικαιολογητικά συμμετοχής των παρακάτω εταιρειών και ως εκ τούτου προτείνεται η απόρριψη τους», αποτυπώνεται η κρίση, δηλαδή, ότι δεν πληρούνται οι όροι της διακήρυξης αναφορικά με την ορθή και σύννομη κατάθεση των απαιτούμενων εν προκειμένω για την πλήρωση της προϋπόθεσης του μέσου γενικού ετήσιου κύκλου εργασιών κατά την τελευταία τριετία δικαιολογητικών συμμετοχής. Συνακόλουθα, ορθώς έπραξε η αναθέτουσα αρχή και αιτιολόγησε επαρκώς το λόγο που η προσφορά της συμμετέχουσας και νυν προσφεύγουσας εταιρείας δεν συμμορφώνεται με το άρθρο 2.2.5 της διακήρυξης για την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια της υπόψη σύμβασης.

19. Επειδή, αναφορικά με το δεύτερο σκέλος απόρριψης της προσφοράς της συμμετέχουσας και νυν προσφεύγουσας εταιρείας στο στάδιο

Αριθμός απόφασης: 655 /2018

ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής προκύπτει, από τα στοιχεία της υπόθεσης αλλά και από τα, στην προηγούμενη σκέψη, εκτεθέντα περί αιτιολογίας της απόφασης ότι, στην προσβαλλόμενη αποτυπώνεται από την αναθέτουσα αρχή ως λόγος απόρριψης ότι δεν δηλώνονται οι απαιτούμενες από τους όρους της διακήρυξης (συναφείς) συμβάσεις στο σχετικό πεδίο του υποβληθέντος Ε.Ε.Ε.Σ. Πράγματι στο σχετικό πεδίο του Ε.Ε.Ε.Σ. η συμμετέχουσα και νυν προσφεύγουσα εταιρεία «.....» δηλώνει: «Το προσφερόμενο είδος είναι νέο είδος, και δεν υπάρχουν πωλήσεις-συμβάσεις. Επίσης, η εταιρεία μας επαναδραστηριοποιήθηκε στον χώρο, τον Αύγουστο του 2017, συνεπώς δεν υπάρχουν πωλήσεις την τελευταία πενταετία και σας προσκομίζουμε συμβάσεις του διαστήματος επαναδραστηριοποίησης σε βιοϊατρικό εξοπλισμό».

20. Επειδή, σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των συμμετεχόντων οι όροι της προκείμενης διαγωνιστικής διαδικασίας επιτάσσουν οι οικονομικοί φορείς επί ποινή αποκλεισμού να καταθέτουν τουλάχιστον τρεις συμβάσεις προμηθειών ή συντηρήσεων συστημάτων βιοϊατρικού εξοπλισμού που έχουν εκτελέσει κατά τη διάρκεια της τελευταίας πενταετίας, στους οποίους όρους η συμμετέχουσα και νυν προσφεύγουσα εταιρεία «.....» συμμορφώνεται με την προσκόμιση με τη προσφορά της τριών συμβάσεων και συγκεκριμένα α) της υπ' αριθμ. 129 από 30.10.2017 σύμβασης με το Γενικό Νοσοκομείο Κιλκίς για τη προμήθεια αναίμακτης μεθόδου μέτρησης της αιμοσφαιρίνης β) της υπ' αριθμ. 159Z σύμβασης με το Π.Γ.Ν. – Γ.Ν. Λάρισας «Κουτλιμπάνειο & Τριανταφύλλειο» και γ) της από 10.11.2017 σύμβασης με το Γενικό Νοσοκομείο Πειραιά «Τζάνειο» με αντικείμενο τη προμήθεια πέντε πολυθρόνων αιμοληψίας.

21. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016 με τίτλο Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών (άρθρο 56 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ορίζονται τα εξής: «1. Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες ή τους

Αριθμός απόφασης: 655 /2018

υποψηφίους να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν λαμβάνεται υπόψη. 2. Η πιο πάνω διευκρίνιση ή η συμπλήρωση αφορά μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, ιδίως δε παράλειψη μονογραφών, διακεκομμένη αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της σύμβασης, που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους, ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία, πλημμελής σήμανση αντιγράφων που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74), μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων, διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από τα υποδείγματα, υποχρεωτικά ή μη, που θεσπίζονται με νόμο, κανονιστικές πράξεις ή τα έγγραφα της σύμβασης. Η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση, κατά το πρώτο εδάφιο, δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί. 3. Η διευκρίνιση ή η συμπλήρωση δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης. 4. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες να διευκρινίσουν, μέσα σε εύλογη προθεσμία η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης της σχετικής πρόσκλησης, το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς που έχουν υποβάλει, αν περιέχει ασάφειες ή σσονος σημασίας ατέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα που η

Αριθμός απόφασης: 655 /2018

αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι μπορεί να θεραπευθούν. Η διευκρίνιση αυτή δεν πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς και δεν πρέπει να προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στη συγκεκριμένη προσφορά σε σχέση με τις λοιπές. 5. Η παροχή της δυνατότητας διευκρινίσεων στον προσφέροντα ή υποψήφιο, σύμφωνα με τις παραγράφους 1 έως 4, είναι υποχρεωτική για την αναθέτουσα αρχή, αν επίκειται αποκλεισμός του από τη διαδικασία, λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς.» Στην υπόψη διακήρυξη ορίζεται σχετικά: «Οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς δύναται να προσκληθούν, εγγράφως από την Αναθέτουσα Αρχή, για παροχή διευκρινίσεων ή συμπλήρωση των δικαιολογητικών που έχουν υποβάλλει. Η εν λόγω συμπλήρωση ή διευκρίνιση δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια την μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων προκειμένου για την συμμόρφωση με τους όρους της Διακήρυξης. Εν λόγω διευκρινήσεις ή συμπληρώσεις (διορθώσεις τυπικών λαθών ή ήσσονος σημασίας παραλείψεων των προσφορών), γίνονται σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 102 του Ν. 4412/06».

22. Επειδή, κατά το πνεύμα του νομοθέτη, οι ως άνω απαιτούμενες διευκρινήσεις δεν πρέπει να έχουν ως αποτέλεσμα την ουσιώδη τροποποίηση ή αλλοίωση της προσφοράς ή τη μεταβολή στην κατάταξη των προσφορών, σύμφωνα με τα κριτήρια ανάθεσης και δεν πρέπει να προσδίδουν αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα της συγκεκριμένης προσφοράς σε σχέση με τις λοιπές, όταν δε πληρούται η ως άνω προϋπόθεση, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να ακολουθεί αυτή τη διαδικασία εάν επίκειται αποκλεισμός της συμμετέχουσας από τη διαδικασία λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς της. Εν προκειμένω, και κατά τα ως άνω δεδομένα (βλ. σκ. 20) η προσφέρουσα και νυν προσφεύγουσα εταιρεία είχε συμμορφωθεί με τον επί ποινή αποκλεισμού σχετικό όρο της διακήρυξης για την προσκόμιση με τη προσφορά της (τουλάχιστον) τριών συμβάσεων, δηλώνοντας το επιπροσθέτως στο σχετικό πεδίο του υποβληθέντος από αυτήν Ε.Ε.Σ. χωρίς, ωστόσο, να τις απαριθμήσει και περιγράψει σε αυτό, ως όφειλε σύμφωνα με τα αναφερόμενα στις σκ.12-15, όπερ εντούτοις συνιστά επουσιώδη πλημμέλεια

Αριθμός απόφασης: 655 /2018

σύμφωνα με τις προαναφερθείσες διατάξεις στη σκ. 21, μάλιστα δε όταν επιτρέπεται σύμφωνα με τις ως άνω διατάξεις η διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί, πολλώ δε μάλλον στην προκείμενη περίπτωση που τα απαιτούμενα έγγραφα είχαν προσκομισθεί (συμβάσεις) και επιβάλλετο η απαίτηση παροχής διευκρίνισης της σχετικής δήλωσης στο Ε.Ε.Ε.Σ., αφού εντέλει επίκειται και ο αποκλεισμός της προσφέρουσας από την αναθέτουσα αρχή.

23. Επειδή, σύμφωνα με τα ως άνω δεδομένα, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι όφειλε η αναθέτουσα αρχή κατά δέσμια αρμοδιότητα να ζητήσει διευκρινήσεις πριν την απόρριψη της προσφοράς της κατά αυτό το σκέλος της μη πλήρωσης δηλαδή από αυτή του όρου 2.2.6 της διακήρυξης λόγω μη ορθής συμπλήρωσης του σχετικού πεδίου του Ε.Ε.Ε.Σ., κρίνεται ως βάσιμος.

24. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, οι υπό εξέταση λόγοι Προσφυγής σχετικά με την απόρριψη της προσφοράς της νυν προσφεύγουσας εταιρείας για τη μη συμμόρφωση της με τους όρους 2.2.5 της διακήρυξης σχετικά με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια πρέπει να απορριφθούν ως νόμοι και ουσία αβάσιμοι, ενώ οι υπό εξέταση λόγοι Προσφυγής σχετικά με την απόρριψη της προσφοράς της για τη μη συμμόρφωση με τους όρους 2.2.6 της διακήρυξης σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα κρίνονται ως βάσιμοι αναφορικά με την υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να ζητήσει διευκρινήσεις και μόνον.

25. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, κρίνεται ως βάσιμος ο αποκλεισμός της προσφεύγουσας, δεν στοιχειοθετείται έννομο συμφέρον αυτής, σχετικά με το αίτημά της για την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης ως προς την αποδοχή και αξιολόγηση της προσφοράς έτερων διαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων, που σύμφωνα με την προσβαλλόμενη αξιολογήθηκαν και εγκρίθηκαν για τη συνέχιση στο επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας. Και τούτο, διότι εφόσον κριθεί ως νόμιμος ο αποκλεισμός της προσφεύγουσας, παρέλκει, ως αλυσιτελής η εξέταση του των λόγων που προβάλλει περί της

Αριθμός απόφασης: 655 /2018

αξιολόγησης της προσφοράς συνδιαγωνιζόμενων της (ΔΕΦΑΘ 892/2010), καθώς, κατά τα παγίως κριθέντα (βλ. ΣΤΕ 1156/2010, ΣΤΕ Ε.Α. 64/2012, 695, 311/2009) διαγωνιζόμενος, ο οποίος νομίμως αποκλείεται από διαγωνισμό, δεν έχει, καταρχήν, έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, δοθέντος ότι με τον αποκλεισμό του καθίσταται, ως προς το διαγωνισμό αυτό, τρίτος. Κατ' εξαίρεση, και προς διασφάλιση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, η οποία αποτελεί ειδικότερη έκφανση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας που διέπουν το σύνολο του κοινοτικού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ο προσφεύγων προβάλλει με έννομο συμφέρον λόγους αποκλεισμού ίδιους με εκείνους που απετέλεσαν την αιτιολογία αποκλεισμού του.

26. Επειδή, η προσφεύγουσα αναφέρει λόγους για την απόρριψη της προσφοράς της συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας «.....», της οποίας η προσφορά έγινε αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή για τη συνέχιση στο επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, αφού πληροί τους απαιτούμενους από τη διακήρυξη επίμαχους όρους 2.2.5 και 2.2.6 σχετικά με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα αντιστοίχως, οι οποίοι κατά τεκμήριο ήταν σαφείς και ακριβείς, δεδομένης της ανεπιφύλακτης συμμετοχής της προσφεύγουσας καθώς και της αποδοχής της προσφοράς της έτερης ως άνω εταιρείας, ως πληρούσα και συμμορφωθείσα εν προκειμένω με αυτούς, λόγοι δηλαδή που σε καμία περίπτωση, δεν αποτελούν όμοιους λόγους με εκείνους για τους οποίους η προσφορά της προσφεύγουσας αποκλείσθηκε αφού οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας κατά της προσφοράς της εταιρείας «.....» ερείδονται σε μη συμμόρφωση της προσφοράς της τελευταίας με τον όρο 2.4.1 περ. ζ της διακήρυξης όπου απαιτείτο, επί ποινή αποκλεισμού όλες οι απαιτούμενες δηλώσεις ή Υπεύθυνες Δηλώσεις που περιλαμβάνονται στις προσφορές να φέρουν ημερομηνία ταυτόσημη με αυτή της ψηφιακής υπογραφής τους.

Αριθμός απόφασης: 655 /2018

27. Επειδή, η προσφεύγουσα αναφέρει λόγους για την απόρριψη της προσφοράς της συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας «.....», της οποίας η προσφορά έγινε αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή για τη συνέχιση στο επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, που ερείδονται στη μη συμμόρφωση της ως άνω αναφερόμενης εταιρείας με τον επίμαχο όρο 2.2.6 της διακήρυξης σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι οποίοι αποτελούν λόγους αποκλεισμού ίδιους με εκείνους που απετέλεσαν την αιτιολογία αποκλεισμού της και συνεπώς προβάλλονται με έννομο συμφέρον από τη προσφεύγουσα και προς διασφάλιση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, πρέπει να εξεταστούν κατ' ουσίαν.

28. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι παρόλο που η συμμετέχουσα εταιρεία «.....» δεν κατέθεσε με την προσφορά τις (τρεις) συμβάσεις προμηθειών ή συντηρήσεων συστημάτων βιοϊατρικού εξοπλισμού που έχει εκτελέσει κατά τη διάρκεια της τελευταίας πενταετίας - και δηλώνει σχετικά στο υποβληθέν από αυτή ΕΕΕΣ- ως όφειλε σε συμμόρφωση με τον επί ποινή αποκλεισμού όρο 2.2.6 της υπόψη διακήρυξης, η δε αναθέτουσα αρχή με το υπ' αριθμ. 7778/15.05.2018 έγγραφο της, αιτείται από την ως άνω συμμετέχουσα εταιρεία τη παροχή διευκρινήσεων σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 102 του Ν.4412/2016, όπερ δεν έκανε για τη προσφεύγουσα, παρόλο που όφειλε κατά δέσμια αρμοδιότητα, σύμφωνα με τα αναφερθέντα στις σκέψεις 22-23.

29. Επειδή, εν προκειμένω, δεν κατατέθηκαν με την προσφορά της εταιρείας «.....» τα απαιτούμενα από τη διακήρυξη επί ποινή αποκλεισμού απαραίτητα πιστοποιητικά (α) του προαναφερόμενου όρου 2.2.6 της διακήρυξης (συμβάσεις), ενώ σε καμία περίπτωση δεν δύναται παραδεκτά να γίνει λόγος για πρόδηλο τυπικό σφάλμα ή για ασάφεια ή για επουσιώδη πλημμέλεια, ώστε να δύναται αυτό παραδεκτά να συμπληρωθεί/ διευκρινισθεί κατά τις διατάξεις του άρθρου 102 του Ν.4412/2010 και της Διακήρυξης. Και τούτο διότι τα έγγραφα αυτά δεν περιέχονταν καθόλου στο φάκελο της

Αριθμός απόφασης: 655 /2018

προσφοράς της εταιρείας «.....», ώστε να δύνανται αυτά να διευκρινισθούν ή να συμπληρωθούν, η δε δήλωση της ως άνω προσφέρουσας εταιρείας στο Ε.Ε.Ε.Σ. ότι διαθέτει αυτά, δεν επαρκούσε προς κάλυψη της απαίτησης του όρου 2.2.6, αφού απαιτείτο επί ποινή αποκλεισμού και η προσκόμισή των. Αντιθέτως, στον φάκελο της προσφοράς της προσφεύγουσας εμπεριέχονταν τα απαιτούμενα έγγραφα/ συμβάσεις και για αυτό το λόγο obiter dictum όφειλε η αναθέτουσα αρχή να ζητήσει διευκρινήσεις αναφορικά με τη δήλωση της στο σχετικό πεδίο του υποβληθέντος ΕΕΕΣ. Κατά συνέπεια, ο συγκεκριμένος λόγος προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

30. Επειδή, τούτων δοθέντων, η υπό εξέταση Προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή, ήτοι να απορριφθεί κατά το σκέλος που ζητείται η ακύρωση της προσβαλλόμενης για τον αποκλεισμό της προσφεύγουσας και να γίνει δεκτή κατά το σκέλος που ζητείται η απόρριψη της προσφοράς της συμμετέχουσας εταιρείας «.....».

31. Επειδή, κατ'ακολουθίαν, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 221188398958 0827 0069) ποσού 600,00€, θα πρέπει να επιστραφεί, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη υπ' αριθ.15/11.06.2018 (θέμα 48ο) Απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του, αναφορικά με την υπ' αριθ. 5/2018 Διακήρυξη διενέργειας ηλεκτρονικού, ανοικτού, διεθνούς, διαγωνισμού για την προμήθεια «Ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού στο, κατά το μέρος που με αυτήν έγινε δεκτή η προσφορά της εταιρείας «.....» για το τμήμα 2 «ΠΟΛΥΘΡΟΝΕΣ ΑΙΜΟΚΑΘΑΡΣΗΣ».

Αριθμός απόφασης: 655 /2018

Ορίζει την επιστροφή στη προσφεύγουσα του προσκομισθέντος παραβόλου, (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 221188398958 0827 0069) ποσού εξακοσίων ευρώ (600,00€).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη την 1^η Αυγούστου 2018 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 20 Αυγούστου 2018.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Γεωργία Παν. Ντεμερούκα