

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 17 Σεπτεμβρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου Πρόεδρος-Εισηγητής, Εμμανουέλα Σωτηρόπουλου και Μιχαήλ Σειραδάκης Μέλη.

Για να εξετάσει την από 03/9/2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)-Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/ 8/03-09-2018 της προσφεύγουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στην....., νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της Αναθέτουσας Αρχής με την επωνυμία «ΓΕΝΙΚΟ ΕΠΙΤΕΛΕΙΟ ΣΤΡΑΤΟΥ/ΑΣΔΥΣ/ΔΜΠ/5^α» και της απόφασης της Ανώτατης Στρατιωτικής Διοίκησης Υποστήριξης Στρατού (ΑΣΔΥΣ) (ΑΔΑ:.....), που αφορά στα αποτελέσματα αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικής προσφοράς και της οικονομικής προσφοράς, στον υπ' αριθ. 19/18 ηλεκτρονικό, ανοικτό, δημόσιο διαγωνισμό, η οποία αναρτήθηκε στην ιστοσελίδα του ΕΣΗΔΗΣ την 24.08.2018.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στην οδό, Θεσσαλονίκη, νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ανακληθεί η προσβαλλόμενη απόφαση της Ανώτατης Στρατιωτικής Διοίκησης Υποστήριξης Στρατού (ΑΣΔΥΣ) (ΑΔΑ:.....), που αφορά στα αποτελέσματα αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικής προσφοράς και της οικονομικής προσφοράς, στον υπ' αριθ. 19/18 ηλεκτρονικό, ανοικτό, δημόσιο διαγωνισμό, με την οποία η ΑΣΔΥΣ αποφάσισε την έγκριση του από 14.5.2018 Πρακτικού Ελέγχου Δικαιολογητικών Συμμετοχής για την Ιεραρχία της ΑΣΔΥΣ, των από 23.5.2018 και 9.7.2018 Πρακτικών

Αριθμός Απόφασης : 749/2018

Εμπειρογνωμόνων για τη λεπτομερή αξιολόγηση των προσκομισθεισών τεχνικών προσφορών και λοιπών στοιχείων των ενδιαφερομένων για τη συμμετοχή στον διαγωνισμό 19/18, και του από 1.8.2018 Πρακτικού Ελέγχου Οικονομικών Προσφορών για την Ιεραρχία της ΑΣΔΥΣ του αριθ. 19/2018 διαγωνισμού για την προμήθεια ενός (1) νευροχειρουργικού μικροσκοπίου μετά παρελκόμενων, όπως κατατέθηκε από την αρμόδια Επιτροπή Παραλαβής και Αποσφράγισης Προσφορών, η οποία αναρτήθηκε στην ιστοσελίδα του ΕΣΗΔΗΣ την 24.08.2018 καθ' ο μέρος αποκλείει την οικονομική προσφορά της ως προς το υπό προμήθεια είδος και κάνει δεκτή την τεχνική και οικονομική προσφορά της εταιρείας «.....», να της γνωστοποιηθούν οι Απόψεις της αναθέτουσας αρχής, καθώς και τυχόν παρεμβάσεις που θα ασκηθούν και να διαταχθεί η επιστροφή του κατατεθέντος παραβόλου.

Με την παρέμβαση της η παρεμβαίνουσα αιτείται να απορριφθεί η από 3-9-2018 προδικαστική προσφυγή της προσφεύγουσας ανώνυμης εταιρίας «.....»

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγητή Μιχαήλ Οικονόμου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή με την με αριθ. αρ. 19/2018 διακήρυξη (εφεξής, η «Διακήρυξη») του Γενικού Επιτελείου Στρατού/ΑΣΔΥΣ/ΔΜΠ/5^α προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός, ανοικτός, δημόσιος διαγωνισμός με σκοπό τη σύναψη σύμβασης για την προμήθεια ιατρικού εξοπλισμού για τις ανάγκες του εν λόγω 424 ΓΣΝΕ [ενός (1) νευροχειρουργικού μικροσκοπίου μετά παρελκόμενων], με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής. Ο διαγωνισμός πραγματοποιήθηκε με χρήση της ηλεκτρονικής πλατφόρμας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ) της διαδικτυακής πύλης www.promitheus.gov.gr του συστήματος (διαδικτυακού τύπου υποβολής προσφοράς) και όλες οι επιμέρους πράξεις (έλεγχος δικαιολογητικών συμμετοχής για την ιεραρχία της ΑΣΔΥΣ, σύγκληση της Επιτροπής Εμπειρογνωμόνων, και η αξιολόγηση των τεχνικών και

Αριθμός Απόφασης : 749/2018

οικονομικών προσφορών) ολοκληρώθηκαν σε ένα στάδιο. Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 201.612,90 Ευρώ συμπεριλαμβανομένων των κρατήσεων, πλέον ΦΠΑ 24% και συνολικά στο ποσό των 250.000,00 ευρώ. Στον ως άνω διαγωνισμό η Προσφεύγουσα υπέβαλε προσφορά για ένα (1) Νευροχειρουργικό Μικροσκόπιο μετά παρελκόμενων ποσού 200.800,00 Ευρώ πλέον ΦΠΑ 24% (CPV: 38510000-3). Ειδικότερα η προσφορά της κρίθηκε αρχικώς τεχνικά αποδεκτή ως σύμφωνη με τους γενικούς και ειδικούς όρους της διακήρυξης.

2. Επειδή εν συνεχεία, ωστόσο, δυνάμει της προσβαλλόμενης απόφασης της Ανώτατης Στρατιωτικής Διοίκησης Υποστήριξης Στρατού (ΑΣΔΥΣ) (ΑΔΑ: ΩΙΘ16-ΖΧΟ), που αφορά στα αποτελέσματα αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικής προσφοράς και της οικονομικής προσφοράς, στον υπ' αριθ. 19/18 ηλεκτρονικό, ανοικτό, δημόσιο διαγωνισμό, η οποία αναρτήθηκε στην ιστοσελίδα του ΕΣΗΔΗΣ την 24.08.2018, δεδομένου ότι, όπως προελέχθη, όλες οι επιμέρους πράξεις του διαγωνισμού ολοκληρώθηκαν σε ένα στάδιο, αποφασίστηκε η κήρυξη ως προσωρινής αναδόχου της παρεμβαίνουσας. Με την προσβαλλόμενη απόφαση η ΑΣΔΥΣ αποφάσισε την έγκριση του από 14.5.2018 Πρακτικού Ελέγχου Δικαιολογητικών Συμμετοχής για την Ιεραρχία της ΑΣΔΥΣ, των από 23.5.2018 και 9.7.2018 Πρακτικών Εμπειρογνομώνων για τη λεπτομερή αξιολόγηση των προσκομισθεισών τεχνικών προσφορών και λοιπών στοιχείων των ενδιαφερομένων για τη συμμετοχή στον διαγωνισμό 19/18, και του από 1.8.2018 Πρακτικού Ελέγχου Οικονομικών Προσφορών για την Ιεραρχία της ΑΣΔΥΣ του αριθ. 19/2018 διαγωνισμού για την προμήθεια ενός (1) νευροχειρουργικού μικροσκοπίου μετά παρελκόμενων, όπως κατατέθηκε από την αρμόδια Επιτροπή Παραλαβής και Αποσφράγισης Προσφορών, και να μεν αποδέχθηκε την τεχνική και οικονομική προσφορά της, ανέδειξε, όμως, σε προσωρινό ανάδοχο του προς προμήθεια υλικού την οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας εταιρείας «.....», η οποία κατέθεσε προσφορά για ένα (1) Νευροχειρουργικό Μικροσκόπιο μετά παρελκόμενων ποσού 152.500,00 Ευρώ πλέον ΦΠΑ 24% (CPV:38510000-3).

Αριθμός Απόφασης : 749/2018

3. Επειδή με την υπό κρίση Προσφυγή, η οποία κατετέθη εμπρόθεσμα στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.), η Προσφεύγουσα στρέφεται κατά της ως άνω προσβαλλόμενης απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής.

4. Επειδή για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, έχει ελεγχθεί πληρωθεί και δεσμευτεί, το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚΑ΄ 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (ΦΕΚ Α΄ 64).

5. Επειδή η Προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

6. Επειδή ο επίδικος διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016.

7. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι αρμόδια βάσει συνολικού ποσού της Διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. γ), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει, εφόσον η διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε σε χρόνο μεταγενέστερο από την 26η Ιουνίου 2017.

9. Επειδή η Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016.

10. Επειδή η Προσφεύγουσα με προφανές έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση Προδικαστική της Προσφυγή ως συμμετέχουσα στον επίδικο

διαγωνισμό υποβάλλοντας νομότυπη προσφορά και επομένως εύλογα επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης.

Επομένως η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή και η Παρέμβαση πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξεταστεί περαιτέρω κατ' ουσία από το 3ο Κλιμάκιο της Α.Ε.Π.Π.

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

12. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 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 να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια....» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ 39/2017.*

13. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π., σύμφωνα με τις προαναφερόμενες διατάξεις, επιλαμβάνεται προδικαστικών προσφυγών που στρέφονται κατά πράξεων ή παραλείψεων αναθετουσών αρχών που εκδίδονται/συντελούνται κατά το στάδιο ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων, όπως αυτές προσβάλλονται ενώπιόν της,

από κάθε πρόσωπο το οποίο έχει ή είχε έννομο συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση, εξετάζοντας τους προβαλλόμενους πραγματικούς και νομικούς ισχυρισμούς των εμπλεκόμενων μερών και αποφαινεται αιτιολογημένα.

14. Επειδή με την κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι «Στους όρους της Διακήρυξης και ειδικά στις σελίδες 71-73 αυτής στην 2^η παράγραφο του Κεφαλαίου «ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ» προβλέπεται όσον αφορά το αναλυτικό «Φύλλο Συμμόρφωσης» που αποτελεί το κύριο μέρος της τεχνικής προσφοράς, ότι σ' αυτό: «[...] θα γίνεται συσχέτιση της προσφοράς προς όλες τις απαιτήσεις της ΤΠ, παράγραφο προς παράγραφο θα αναφέρονται με λεπτομέρεια όλες οι συμφωνίες ή υπερκαλύψεις και (ενν. θα πρέπει) να γίνονται παραπομπές στα αντίστοιχα φυλλάδια του κατασκευαστή που αποδεικνύουν την κάλυψη κάθε φυσικού χαρακτηριστικού [...]». Η εταιρεία «.....» στο Φύλλο Συμμόρφωσης της ως προς τις απαιτήσεις των τεχνικών χαρακτηριστικών του υπό προμήθεια είδους που προβλέπονται στις παραγράφους 4.1. («Ορισμός Υλικού»), 4.2.1. («Χαρακτηριστικά Επιδόσεων») και 4.2.7.3. («Τεχνική Διαμόρφωση») ως προς τη δυνατότητα δηλαδή του προσφερόμενου μικροσκοπίου να δέχεται αποστειρωμένο κάλυμμα Drape μιας χρήσης αλλά και 4.2.7.6. ως προς τη δυνατότητα μελλοντικής προσθήκης στο προσφερόμενο μικροσκόπιο λογισμικού για διασύνδεση με σύστημα νευροπλοήγησης (navigation interface) δεν κάνει τις προβλεπόμενες στη Διακήρυξη παραπομπές στα αντίστοιχα φυλλάδια του κατασκευαστή που αποδεικνύουν την κάλυψη κάθε φυσικού χαρακτηριστικού. Κατά τούτο, η τεχνική προσφορά της εταιρείας «.....» η οποία είναι πλημμελής κατά τα ανωτέρω δεν έπρεπε να γίνει αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή. Περαιτέρω, σύμφωνα με τον όρο 4.2.7.1. («Τεχνική Διαμόρφωση») της Διακήρυξης ως προς τις απαιτήσεις των τεχνικών χαρακτηριστικών του υπό προμήθεια είδους, αυτό θα πρέπει: «Να διαθέτει συμπαρατήρηση για 2ο χειρουργό [...]». Όπως όμως προκύπτει από την επισκόπηση του αντίστοιχου όρου 4.2.7.1. στο Φύλλο Συμμόρφωσης της εταιρείας «.....» και σε συνδυασμό με την αντίστοιχη παραπομπή Π2 που κάνει εκεί η εν λόγω εταιρεία

στη σελίδα 11 του προσπέκτους «HS 5-1000 The ultimate surgical experience» του προσφερόμενου μικροσκοπίου, αυτό συνοδεύεται από απλή συμπαρατήρηση και όχι από την προβλεπόμενη στη Διακήρυξη «συμπαρατήρηση για 2^ο χειρουργό». Η παράλειψη αυτή είναι ιδιαιτέρως σημαντική επειδή η απλή συμπαρατήρηση παρέχει τη δυνατότητα βοηθού χειρουργού και όχι 2^{ου} χειρουργού που απαιτεί η Διακήρυξη και ο οποίος είναι απαραίτητος στις νευροχειρουργικές επεμβάσεις. Ως εκ τούτου, η τεχνική προσφορά της εταιρείας «.....» δεν πληροί ουσιώδη όρο της Διακήρυξης και θα πρέπει και για το λόγο αυτό να απορριφθεί. Οι πλημμέλειες της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας «.....» οι οποίες λεπτομερώς περιγράφονται παραπάνω στις παραγράφους 4 και 5 του παρόντος κεφαλαίου και στις οποίες προς αποφυγή επαναλήψεων αναφερόμαστε αποτελούν εν ταυτώ και πλημμέλειες ως προς την αξιολόγηση της οικονομικής προσφοράς της εταιρείας «.....» επειδή η εν λόγω οικονομική προσφορά στηρίχτηκε επί της πλημμελούς τεχνικής προσφοράς της εταιρείας «.....». Κατά συνέπεια και η οικονομική προσφορά της εταιρείας «.....» η οποία στηρίχτηκε επί της ως άνω πλημμελούς τεχνικής προσφοράς της δεν έπρεπε να γίνει αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή. Συμπερασματικά, από τα ανωτέρω προκύπτει ότι τόσο η τεχνική προσφορά της εταιρείας «.....» όσο και η οικονομική της προσφορά δεν ανταποκρίνονται στα τεχνικά χαρακτηριστικά που απαιτεί η Διακήρυξη και, συνεπώς δεν θα πρέπει αμφότερες οι προσφορές αυτές να γίνουν αποδεκτές ούτε η εν λόγω εταιρεία να αναδειχθεί ανάδοχος του εν λόγω διαγωνισμού. Αντιθέτως, η τεχνική προσφορά της Εταιρείας μας επί της οποίας στηρίχτηκε η οικονομική μας προσφορά για την προμήθεια ενός νευροχειρουργικού μικροσκοπίου στα πλαίσια του εν θέματι διαγωνισμού είναι καθ' όλα παραδεκτή, όπως ορθά έκρινε η αναθέτουσα αρχή, διότι οι τεχνικές προδιαγραφές του προσφερόμενου από την Εταιρεία μας μικροσκοπίου όχι μόνο ανταποκρίνονται πλήρως στα όσα ειδικότερα απαιτεί η ανωτέρω Διακήρυξη, αλλά έτι περαιτέρω τα υπερκαλύπτουν. Οι λόγοι απόρριψης της οικονομικής προσφοράς μας αυστηρά με οικονομικούς όρους και χωρίς να συνεκτιμηθούν οι προαναφερόμενες πλημμέλειες της τεχνικής προσφοράς και

του φύλλου συμμόρφωσης της ανταγωνίστριας εταιρείας «.....» είναι πλημμελής και πολλαπλά εσφαλμένη. Ως εκ τούτου, θα πρέπει η προσβαλλομένη να ακυρωθεί καθ' ο μέρος απορρίπτει την οικονομική προσφορά της Εταιρείας μας και δέχεται την οικονομική προσφορά της εταιρείας «.....».

15. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» 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 [...] Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων [...]».

16. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 παρ. 1 του ν. 4412/2016 «Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών [...] 2. Τα έγγραφα της σύμβασης.... περιέχουν ιδίως:[...] ε) την ακριβή περιγραφή του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης [...] ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές) [...] των αγαθών [...] ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς [...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λ.π.) »Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 54 του Ν.4412/2016, όπως τούτο ενσωματώνει το άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ , ορίζεται ότι : «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται στην περίπτωση 1 του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α` παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. Τα χαρακτηριστικά αυτά μπορεί επίσης να αναφέρονται στη συγκεκριμένη διαδικασία ή μέθοδο παραγωγής ή παροχής των ζητούμενων έργων, αγαθών ή υπηρεσιών ή σε ειδική διαδικασία άλλου σταδίου του κύκλου ζωής τους, ακόμη και αν οι

παράγοντες αυτοί δεν αποτελούν μέρος της υλικής τους υπόστασης, υπό την προϋπόθεση ότι συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης και είναι ανάλογα με την αξία και τους σκοπούς της[...] 2. Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό. 3. Οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται με έναν από τους κατωτέρω τρόπους: α) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, συμπεριλαμβανομένων των περιβαλλοντικών χαρακτηριστικών, [...], β) με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και, με σειρά προτεραιότητας, σε εθνικά πρότυπα που αποτελούν μεταφορά ευρωπαϊκών προτύπων, σε ευρωπαϊκές τεχνικές εγκρίσεις, σε κοινές τεχνικές προδιαγραφές, σε διεθνή πρότυπα, σε άλλα τεχνικά συστήματα αναφοράς που έχουν θεσπιστεί από ευρωπαϊκούς οργανισμούς τυποποίησης ή - όταν αυτά δεν υπάρχουν - σε εθνικά πρότυπα, σε εθνικές τεχνικές εγκρίσεις ή σε εθνικές τεχνικές προδιαγραφές στον τομέα του σχεδιασμού, του υπολογισμού και της εκτέλεσης των έργων και της χρησιμοποίησης των αγαθών, κάθε παραπομπή συνοδεύεται από τον όρο ή «ισοδύναμο», γ) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις κατά τα οριζόμενα στην περίπτωση α`, με παραπομπή, ως τεκμήριο συμβατότητας προς τις εν λόγω επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β`, δ) με παραπομπή στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β` για ορισμένα χαρακτηριστικά και με παραπομπή στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις που αναφέρονται στην περίπτωση α` για ορισμένα άλλα χαρακτηριστικά. 4. Οι τεχνικές προδιαγραφές, εκτός εάν δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, δεν περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που να χαρακτηρίζει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που παρέχονται από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα ούτε εμπορικού σήματος, διπλώματος ευρεσιτεχνίας, τύπων ή συγκεκριμένης καταγωγής ή παραγωγής που θα είχε ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή ορισμένα προϊόντα. Η εν λόγω μνεία επιτρέπεται, κατ' εξαίρεση, όταν δεν είναι δυνατόν να γίνει επαρκώς

προσδιορισμένη και κατανοητή περιγραφή του αντικειμένου της σύμβασης κατ' εφαρμογή της παρ. 3. Η εν λόγω μνεία συνοδεύεται από τον όρο «ή ισοδύναμο»

17. Επειδή κατά την διάταξη του άρθρου 94 παρ. 4 του ν. 4412/2016, Στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων προμηθειών ο φάκελος της τεχνικής προσφοράς « [...] περιέχει ιδίως τα έγγραφα και τα δικαιολογητικά που τεκμηριώνουν την τεχνική επάρκεια, χρησιμοποιούνται για την αξιολόγηση των προσφορών και περιγράφονται στα έγγραφα της σύμβασης.».

18. Επειδή περαιτέρω σύμφωνα με την διάταξη του άρθρου 91 παρ. 1 του ν. 4412/2016 «[...] Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102 [...]».

19. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 100 παρ. 2 περ. β) του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «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».

20. 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).

21. 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.

22. Επειδή, προς αντίκρουση των αιτιάσεων της προσφεύγουσας με τις από 12/9/2018 απόψεις της προς την ΑΕΠΠ, η αναθέτουσα υπεραμυνόμενη κατά τρόπο νόμω και ουσία βάσιμο της νομιμότητας της προσβαλλόμενης απόφασης της δηλώνει ότι «(1)«Όσον αφορά στον όρο 4.2.7.1 η γνώμη της επιτροπής είναι ότι διατίθεται συμπαρατήρηση για δεύτερο χειρουργό όπως δηλώνεται στο φύλλο συμμόρφωσης και υπάρχει χαρακτηριστική φωτογραφική απεικόνιση (Π2 σελ. 11) στο προσπέκτους «HS 5 - 1000 The ultimate surgical experience» χωρίς όμως να περιγράφεται σε αυτό. 2) «Όσον αφορά στους όρους 4.2.7.3 και 4.2.7.6 η γνώμη της επιτροπής είναι ότι υπάρχει δυνατότητα να δεχθεί αποστειρωμένο κάλυμμα μιας χρήσης (drape) καθώς επίσης και δυνατότητα διασύνδεσης με σύστημα νευροπλοήγησης όπως δηλώνεται στο φύλλο συμμόρφωσης χωρίς όμως να περιγράφονται στο προσπέκτους «HS 5 - 1000 The ultimate surgical experience». β. Ως προς την αξιολόγηση της οικονομικής προσφοράς της συμμετέχουσας εταιρείας «.....» από την αρμόδια Επιτροπή Παραλαβής και Αποσφράγισης Προσφορών, όπως παρακάτω : Δεν υφίστανται λόγοι απόρριψης της οικονομικής προσφοράς της

υπόψη εταιρείας, καθόσον η τεχνική της προσφορά είναι καθ' όλα αποδεκτή και δεν διαπιστώθηκαν πλημμέλειες κατά την αξιολόγησή της».

23. Επειδή από την συνολική και συνδυαστική επισκόπηση των στοιχείων του υπό εξέταση φακέλου προκύπτει κατά την ομόφωνη κρίση του Κλιμακίου ότι η εξεταζόμενη προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως νόμω και ουσία αβάσιμη. Και τούτο διότι όπως βασίμως και κατά τρόπο εμπειριστατωμένο προβάλλει η Παρεμβαίνουσα, «Όσον αφορά στον λόγο που αναφέρει η προσφεύγουσα στην 5η σελίδα της προσφυγής της υπό αριθμό 4 αναφέρουμε τα εξής: Στην από 3-9-2018 προσφυγή της, η προσφεύγουσα εταιρία «.....» αναφέρει ότι: σύμφωνα με τους όρους της Διακήρυξης και ειδικά στις σελίδες 71-73 αυτής στην 2^η παράγραφο του Κεφαλαίου «ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ» προβλέπεται μεταξύ άλλων όσον αφορά στο «Φύλλο Συμμόρφωσης» που αποτελεί το κύριο μέρος της τεχνικής προσφοράς, ότι σ' αυτό θα γίνεται συσχέτιση της προσφοράς προς όλες τις απαιτήσεις της ΤΠ, παράγραφο προς παράγραφο θα αναφέρονται με λεπτομέρεια όλες οι συμφωνίες ή υπερκαλύψεις και να γίνονται παραπομπές στα αντίστοιχα φυλλάδια του κατασκευαστή που αποδεικνύουν την κάλυψη κάθε φυσικού χαρακτηριστικού...'. Εσκεμμένα, παραπειστικά η προσφεύγουσα θέτει σε παρένθεση «(ενν. θα πρέπει)» ώστε να προσδώσει δήθεν θέμα απαραδέκτου τυχόν μη παραπομπής, ενώ στην πραγματικότητα στην διακήρυξη ουδόλως αναφέρεται ούτε αυτή η φράση ούτε κάποια άλλη που να παραπέμπει σε ποινή ακυρότητας αν έχει παραληφθεί κάποια παραπομπή από τον προσφέροντα. Η ουσία στην προκειμένη περίπτωση δεν είναι αν παραλήφθηκε κάποια παραπομπή αλλά αν ουσιαστικά υπάρχει θέμα με το αν πληρούνται ή όχι οι προδιαγραφές που έθεσε η συγκεκριμένη διακήρυξη. Η δε προσφεύγουσα που γνωρίζει πολύ καλά ότι το προσφερόμενο από την εταιρία μας σύστημα Νευροχειρουργικού Μικροσκοπίου τύπου HS 5-1000 πληροί απολύτως όλες τις προδιαγραφές το αποσιωπά κακόπιστα αν και αυτό είναι το γεγονός που συνιστά την ουσία και τον λόγο της κατακύρωσης στην εταιρία μας και καταχρηστικά κατασκευάζει και πάλι κακόπιστα ανύπαρκτο προβαλλόμενο λόγο δήθεν ελλείψεως παραπομπής στο φυλλάδιο του κατασκευαστή». Άλλωστε από

την αναλυτική εξέταση των όρων της διακήρυξης προκύπτει ότι στους όρους της διακήρυξης δεν αναφέρεται σε κανένα σημείο ότι η μη αναφορά σε παραπομπές αποτελεί λόγο αποκλεισμού μιας Τεχνικής προσφοράς. Συνεπώς ο σχετικός λόγος προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως νόμω και ουσία αβάσιμος, γενομένου δεκτού ταυτοχρόνως του σχετικού λόγου της παρέμβασης.

24. Επειδή συναφώς από την συνδυαστική εξέταση των στοιχείων της υπό εξέταση υπόθεσης, προκύπτει με σαφήνεια ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας καλύπτει πλήρως όλες τις απαιτούμενες προδιαγραφές που θέτει η εν λόγω διακήρυξη και τούτο, διότι, όπως και αυτή βασίμως υποστηρίζει στην παρέμβαση της «η ύπαρξη των ανωτέρω πιστοποιήσεων, αποδεικνύει με τρόπο αδιαμφισβήτητο ότι πληρούνται όλες οι προϋποθέσεις της παραγράφου 4.2.7.3. («Τεχνική Διαμόρφωση») της διακήρυξης, ως προς τη δυνατότητα δηλαδή του προσφερόμενου μικροσκοπίου να δέχεται αποστειρωμένο κάλυμμα (Drape) μιας χρήσης, αφού δεν υπάρχει σύστημα νευροχειρουργού μικροσκοπίου που να μην έχει τη δυνατότητα να δέχεται τέτοιο αποστειρωμένο κάλυμμα μιας χρήσης. Είναι γνωστό ότι αν δεν υπήρχε αποστειρωμένο κάλυμμα (Drape) μιας χρήσης, θα ετίθετο σε άμεσο κίνδυνο η ασφάλεια του ασθενούς λόγω μόλυνσης του ανοικτού χειρουργικού πεδίου, είτε στον εγκέφαλο, είτε στην σπονδυλική στήλη, όπου συνήθως επεμβαίνουν χειρουργικά οι νευροχειρουργοί. Σχετικά με την παράγραφο 4.2.7.6. και ως προς τη δυνατότητα μελλοντικής προσθήκης στο προσφερόμενο μικροσκόπιο λογισμικού για διασύνδεση με σύστημα νευροπλοήγησης αναφέρεται επί λέξει στο ήδη κατατεθειμένο εκ μέρους της Φύλλο Συμμόρφωσής ότι: "Το προσφερόμενο σύστημα διαθέτει στον "standard" εξοπλισμό του, ειδικές θύρες ανταλλαγής δεδομένων, συμπεριλαμβανομένου και του λογισμικού για την δυνατότητα διασύνδεσης με σύστημα νευροπλοήγησης (navigation interface). Να υπογραμμιστεί, ότι το κύριο λογισμικό σύνδεσης με τους πλοηγούς διατίθενται από τους κατασκευαστικούς οίκους των πλοηγών. Επίσης για μελλοντική αναβάθμιση, διατίθεται και ειδικό σύστημα "HEAD UP DISPLAY" C.INJECT 1000, με την βοήθεια του οποίου μπορούν να προβάλλονται εντός

των προσοφθαλμίων του χειρουργού εικόνες, ψηφιακά δεδομένα π.χ. τα όρια ενός όγκου πριν αυτός πραγματοποιήσει την κρानιοτομία". Το συγκεκριμένο εξάρτημα προσφέρεται εκ μέρους της εταιρίας μας στη σελίδα 6 της Τεχνικής μας Προσφοράς στο τμήμα «Κατ' επιλογήν για το ανωτέρω σύστημα προσφέρονται:» στην παράγραφο 3, καθώς επίσης και στη σελίδα 6 της Οικονομικής μας Προσφοράς στο τμήμα «Κατ' επιλογήν για το ανωτέρω σύστημα προσφέρονται:» στην παράγραφο 3 μάλιστα προσφέρουμε στο υπ' αριθμ. 3 περιγράφοντάς το ως εξής: «Σύστημα "Head Up Display"(**) τύπου C.INJECT, για την προβολή εντός των προσοφθαλμίων ψηφιακών εικόνων υψηλής ανάλυσης, π.χ. προερχόμενες από συστήματα πλοηγών νευροχειρουργικής. (**) Προκειμένου να καταστεί δυνατή η προβολή των εν λόγω ψηφιακών εικόνων, μέσω του C.INJECT, ενός των προσοφθαλμίων του χειρουργού, απαιτείται και ειδικό λογισμικό από μέρους του περιφερειακού συστήματος που θα συνδεθεί με το μικροσκόπιο π.χ. το σύστημα πλοηγού (Navigator). Επίσης, στην σελίδα 5 της Τεχνική της προσφοράς στην οποία γίνεται αναλυτική περιγραφή της σύνθεσης του προσφερομένου συστήματος Νευροχειρουργικού Μικροσκοπίου, τύπου HS 5-1000, αναφέρεται στην παράγραφο 8 : Το σύστημα αποτελείται από τα παρακάτω: Βάση δαπέδου FS 5-33 εξειδικευμένη για νευροχειρουργική χρήση, με αρθρωτό βραχίονα, ειδικό για νευροχειρουργική χρήση, με ηλεκτρομαγνητικά φρένα σε όλες τις αρθρώσεις και αυτόματο σύστημα για την απόλυτη εξισορρόπηση του βάρους του μικροσκοπίου, έτσι ώστε να παρέχει στον χρήστη την αίσθηση, ότι το σύστημα αιωρείται στον χώρο. Δύο (2) ηλεκτρικά αυτόνομες, φωτεινές πηγές XENON ισχύος 300 Watt. Ηλεκτρονική Θύρα RS-232 για μελλοντική σύνδεση με συστήματα νευροπλοήγησης της. Τα ανωτέρω αποδεικνύουν σαφώς, την δυνατότητα του προσφερόμενου από την εταιρεία μας νευροχειρουργικού μικροσκοπίου, να συνδέεται στο μέλλον με συστήματα νευροπλοήγησης». Συνεπώς ο σχετικός λόγος προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως νόμω και ουσία αβάσιμος γενομένου δεκτού του σχετικού λόγου παρέμβασης.

25. Επειδή αναφορικά με τον λόγο προσφυγής που αναλύεται στην σκέψη υπ' αριθμ. 14 της παρούσας και αφορά στον λόγο της κρινόμενης

προσφυγής στην σελίδα 6 αυτής και υπ' αριθμό 5 κατά την ομόφωνη κρίση του Κλιμακίου λεκτέα είναι τα ακόλουθα. Το προσφερόμενο εκ μέρους της παρεμβαίνουσας είδος πληροί την προδιαγραφή σύμφωνα με την παραπομπή μας Π2 στη σελίδα 11 του Τεχνικού φυλλαδίου «HS 5-1000 The ultimate surgical experience» που αφορά στον όρο 4.2.7.1 («Τεχνική διαμόρφωση») της διακήρυξης, «Να διαθέτει συμπαρατήρηση για 2^ο χειρουργό.....», καθώς στο ήδη εκ μέρους της εταιρίας μας κατατεθειμένο στον υπ' αριθμ. 19/18 διαγωνισμό Φύλλο Συμμόρφωσης αναφέρεται ρητά και σαφώς ότι : “ Το προσφερόμενο σύστημα διαθέτει στερεοσκοπική ομοαξονική συμπαρατήρηση για 2^ο χειρουργό, (Βλέπε παραπομπή Π2, σελ. 11, του προσπέκτους “HS 5-1000 The ultimate surgical experience”)", το προσφερόμενο σύστημα είναι στερεοσκοπικό και μάλιστα όπως αναλύεται περαιτέρω στην σελίδα 5 της Τεχνικής μας προσφοράς: Το σύστημα αποτελείται από τα παρακάτω: (παράγραφος 7) Σύστημα ομοαξονικής στερεοσκοπικής συμπαρατήρησης, για δεύτερο χειρουργό, με προσοφθάλμιο σύστημα αρθρωτό σε τρεις άξονες, με δυνατότητα κλίσης και στρέψης. Το εν λόγω σύστημα ομοαξονικής στερεοσκοπικής συμπαρατήρησης του Νευροχειρουργικού Μικροσκοπίου τύπου HS 5-1000, διαθέτει τρεις αρθρώσεις και με την βοήθεια αυτών μπορεί να λαμβάνει οποιαδήποτε θέση στον χώρο, έως και αντικρουστά του κυρίως χειρουργού, ενώ μέσω ειδικού περιστροφικού κομβίου παρέχει την δυνατότητα στον 2^ο χειρουργό να στρέφει το στερεοσκοπικό είδωλο κατά 360^ο έτσι ώστε π.χ. η 12^η ώρα του κυρίως χειρουργού, να αντιστοιχεί στην 12^η ώρα του 2^{ου} χειρουργού. Δηλαδή ο 2^{ος} χειρουργός σε όποια θέση και να βρίσκεται μέσα σε πλαίσιο 360^ο, βλέπει μέσω του νευροχειρουργικού μικροσκοπίου ό,τι ακριβώς βλέπει και ο 1^{ος} χειρουργός, με αποτέλεσμα να είναι σε θέση να συγχειρουργεί και όχι απλά να παρατηρεί. Επιπλέον, στη σελίδα 6 της Τεχνικής προσφοράς και στη σελίδα 6 της Οικονομικής Προσφοράς της παρεμβαίνουσας στα προσφερόμενα κατ' επιλογή εξαρτήματα και συγκεκριμένα στο σημείο 1 προσφέρθηκε: “Σύστημα στερεοσκοπικής αντικριστής συγχειρούργησης για επεμβάσεις κυρίως σπονδυλικής στήλης”. Με τα παραπάνω αποδεικνύεται ότι ο

Αριθμός Απόφασης : 749/2018

ισχυρισμός της προσφεύγουσας είναι απολύτως αβάσιμος και άρα απορριπτέος.

26. Επειδή συναφώς ορθά η Επιτροπή Εμπειρογνωμόνων για το Διαγωνισμό 19/18 έκρινε για την προσφορά της προσφεύγουσας εταιρίας «.....» ότι : (το σύστημα) έχει απόκλιση <10% από τα τεχνικά χαρακτηριστικά της παραγράφου 4.2.3 (μέγιστη απόκλιση 1350 VA έναντι 1250 VA), η οποία ομόφωνα δεν αξιολογείται από την επιτροπή ως κριτήριο απόρριψης και η οποία δεν επηρεάζει τη λειτουργία του μηχανήματος». Συνεπώς ο σχετικός λόγος προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως νόμω και ουσία αβάσιμος γενομένου δεκτού του περί του αντιθέτου ισχυρισμού της Παρεμβαίνουσας.

27. Επειδή, κατ' ακολουθίαν η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί καθ' ολοκληρίαν, γενομένης ταυτοχρόνως δεκτής της κατατεθείσας Παρέμβασης.

28. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει υπέρ Ελληνικού Δημοσίου το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε την 17 Σεπτεμβρίου 2018 και εκδόθηκε στις 18 Σεπτεμβρίου 2018 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχαήλ. Χ. Οικονόμου

Ειρήνη Τσιμπούκη