

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 16 Ιανουαρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 12.12.2022 με ΓΑΚ 1777/14.12.2022 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται.

κατά του «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή]. Και

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» {εφεξής παρεμβαίνουσα}, όπως νομίμως εκπροσωπείται και κατέθεσε την από 16.12.2022 παρέμβασή της.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η απόφαση - απόσπασμα πρακτικού της υπ' αριθμ. 58ης/29.11.2022 συνεδρίασης του διοικητικού συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής επί του θέματος 14, κατά το μέρος που αποδέχτηκε την προσφορά της παρεμβαίνουσας εταιρείας.

Με την παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε κατ' άρθρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρθρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αριθμ. ... ποσού € 600,00.

2. Επειδή, με την με αριθμ. πρωτ. .../26-07-2022 διακήρυξη με αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ... επαναπροκηρύχθηκε διεθνής δημόσιος ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την «Προμήθεια ...» για την κάλυψη των αναγκών του ... - ...,

Αριθμός απόφασης: 216/2023

προϋπολογισμού 32,258,066 ευρώ πλέον Φ.Π.Α 24% και συνολικού προϋπολογισμού 40.000,00 € με Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης την συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας και τιμής.

3. Επειδή, στον ως άνω διαγωνισμό συμμετείχαν η προσφεύγουσα, η παρεμβαίνουσα και η εταιρεία «...». Με το με αριθμ. πρωτ. .../24-11-2022 πρακτικό αποσφράγισης / αξιολόγησης δικαιολογητικών και τεχνικών προσφορών της επιτροπής διαγωνισμού κρίθηκε ότι η τεχνική προσφορά της εταιρείας «...» δεν πληροί τις προϋποθέσεις της διακήρυξης ενώ οι προσφορές της προσφεύγουσας και της παρεμβαίνουσας τις πληρούν και ως εκ τούτου βαθμολογήθηκαν. Το ως άνω πρακτικό εγκρίθηκε με την προσβαλλόμενη απόφαση - απόσπασμα πρακτικού της υπ' αριθμ. 58ης/29.11.2022 συνεδρίασης του διοικητικού συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, της οποίας πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά οι προσφέροντες στις 30.11.2022, ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 12.12.2022, ημέρα Δευτέρα, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν από την προσφεύγουσα στην ΕΑΔΗΣΥ, σύμφωνα με τα οριζόμενα στις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 362 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016, 4 παρ. 1 εδάφιο α' και 8 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017 και με έννομο συμφέρον καθόσον η προσφεύγουσα προσδοκά την ακύρωση αυτής προς το σκοπό να απορριφθεί η προσφορά της παρεμβαίνουσας και να της ανατεθεί η σύμβαση.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 12.12.2022 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ τις υπ' αριθμ. πρωτ. .../21.12.2022 απόψεις της, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στους συμμετέχοντες αυθημερόν.

6. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η παρεμβαίνουσα εταιρεία, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στις 12.12.2022, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 16.12.2022, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας

Αριθμός απόφασης: 216/2023

«επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, η παρεμβαίνουσα, δε, έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχει γίνει αποδεκτή η προσφορά της.

7. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η παράβαση ουσιωδών διατάξεων της διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητεί το πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής της ισχυρίζεται ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας πρέπει να απορριφθεί διότι στον ηλεκτρονικό φάκελο της τεχνικής προσφοράς της κατέθεσε ενημερωτικό φυλλάδιο εξαρτημάτων και εγχειρίδιο χρήστη χωρίς επικύρωση, αλλά συνοδευόμενα από την από 31/08/2022 υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου της. Όμως, πριν την αποσφράγιση της προσφοράς η παρεμβαίνουσα προσκόμισε σε έντυπη μορφή κάποια από τα επικαλούμενα ηλεκτρονικά στοιχεία της προσφοράς της, ενώ παρέλειψε να προσκομίσει σε έντυπη μορφή το «ΤΕΧΝΙΚΟ ΦΥΛΛΑΔΙΟ ΕΞΑΡΤΗΜΑΤΩΝ». Επίσης, από το «ΕΓΧΕΙΡΙΔΙΟ ΧΡΗΣΤΗ» το οποίο επικαλείται και στο οποίο παραπέμπει στην τεχνική προσφορά της προσκόμισε σε έντυπη μορφή αποσπάσματα μόνο αυτού και όχι το πρωτότυπο εγχειρίδιο όπως όφειλε.

9. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ανωτέρω πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής: Το άρθρο 2.4.2.5 της διακήρυξης ορίζει ότι: *«Ειδικότερα, όσον αφορά τα συνημμένα ηλεκτρονικά αρχεία της προσφοράς, οι Οικονομικοί Φορείς τα καταχωρίζουν στους ανωτέρω (υπο)φακέλους μέσω του Υποσυστήματος, ως εξής: Τα έγγραφα που καταχωρίζονται στην ηλεκτρονική προσφορά, και δεν*

Αριθμός απόφασης: 216/2023

απαιτείται να προσκομισθούν και σε έντυπη μορφή, γίνονται αποδεκτά κατά περίπτωση, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στις διατάξεις: α) είτε των άρθρων 13, 14 και 28 του ν. 4727/2020 (Α΄ 184) περί ηλεκτρονικών δημοσίων εγγράφων που φέρουν ηλεκτρονική υπογραφή ή σφραγίδα και, εφόσον πρόκειται για αλλοδαπά δημόσια ηλεκτρονικά έγγραφα, εάν φέρουν επισημείωση e-Apostille , β) είτε των άρθρων 15 και 27 του ν. 4727/2020 (Α΄ 184) περί ηλεκτρονικών ιδιωτικών εγγράφων που φέρουν ηλεκτρονική υπογραφή ή σφραγίδα, γ) είτε του άρθρου 11 του ν. 2690/1999 (Α΄ 45), δ) είτε της παρ. 2 του άρθρου 37 του ν. 4412/2016, περί χρήσης ηλεκτρονικών υπογραφών σε ηλεκτρονικές διαδικασίες δημοσίων συμβάσεων, ε) είτε της παρ. 8 του άρθρου 92 του ν. 4412/2016, περί συνυποβολής υπεύθυνης δήλωσης στην περίπτωση απλής φωτοτυπίας ιδιωτικών εγγράφων. Επιπλέον, δεν προσκομίζονται σε έντυπη μορφή τα ΦΕΚ και ενημερωτικά και τεχνικά φυλλάδια και άλλα έντυπα, εταιρικά ή μη, με ειδικό τεχνικό περιεχόμενο, δηλαδή έντυπα με αμιγώς τεχνικά χαρακτηριστικά, όπως αριθμούς, αποδόσεις σε διεθνείς μονάδες, μαθηματικούς τύπους και σχέδια». Περαιτέρω το άρθρο 2.4.3.2 της διακήρυξης ορίζει ότι «Επιπλέον ο φάκελος της Τεχνικής Προσφοράς θα πρέπει να περιλαμβάνει τα εξής, επί ποινή Αποκλεισμού(...): 3. Τα ηλεκτρονικά υποβαλλόμενα τεχνικά φυλλάδια (Prospectus). Ο προσφέρων δύναται να υποβάλει τα τεχνικά φυλλάδια (prospectus) ψηφιακά υπογεγραμμένα από τον κατασκευαστικό οίκο. Σε αντίθετη περίπτωση θα πρέπει να συνοδεύονται από υπεύθυνη δήλωση ψηφιακά υπογεγραμμένη από τον προσφέροντα, στην οποία θα δηλώνεται ότι τα αναγραφόμενα, σε αυτά, στοιχεία ταυτίζονται με τα στοιχεία των τεχνικών φυλλαδίων (Prospectus) του κατασκευαστικού οίκου. (Προσφορές που δεν είναι σύμφωνες με τα παραπάνω οριζόμενα απορρίπτονται). Τεχνικά φυλλάδια (Prospectus) και άλλα έντυπα - εταιρικά ή μη - με ειδικό τεχνικό περιεχόμενο μπορούν να υποβάλλονται στην αγγλική γλώσσα, χωρίς να συνοδεύονται από μετάφραση στη ελληνική. Τονίζεται ιδιαίτερα ότι οι Τεχνικές Προσφορές δεν πρέπει να έχουν καμία απολύτως άμεση ή έμμεση αναφορά στα οικονομικά στοιχεία των Προσφορών. Σε περίπτωση που διαπιστωθεί κάτι τέτοιο, η προσφορά αποκλείεται από περαιτέρω αξιολόγηση κατόπιν γνωμοδότησης της Επιτροπής. Επίσης, για την πιο ομαλή και πιο γρήγορη διεξαγωγή της διαδικασίας αξιολόγησης, οι οικονομικοί φορείς είναι επιθυμητό να προσκομίσουν σε έντυπη μορφή και τα τεχνικά φυλλάδια ή προσπέκτους ή

Αριθμός απόφασης: 216/2023

βεβαιώσεις στα οποία γίνονται παραπομπές στο Φύλλο Συμμόρφωσης των Τεχνικών Προδιαγραφών και Ειδικών Όρων». (...). 9 . Πλήρες εγχειρίδιο με σαφείς οδηγίες χρήσεως και λειτουργίας του μητρικού κατασκευαστικού οίκου (Operation Manuals) με αναλυτική περιγραφή των αντίστοιχων πρωτοκόλλων και λειτουργιών για όλες τις αντίστοιχες εφαρμογές, μεταφρασμένο οπωσδήποτε στην Ελληνική γλώσσα κατά την παράδοση του μηχανήματος, ενώ στην αρχική προσφορά μπορεί να δοθεί στην Αγγλική και κατά προτίμηση και στην Ελληνική. Η μετάφραση θα πρέπει να αποδίδει πιστά το πρωτότυπο κείμενο και να φέρουν την έγκριση του κατασκευαστή». Τέλος, σύμφωνα με το άρθρ. 92, παρ. 8 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «Στις περιπτώσεις που με την αίτηση συμμετοχής ή την προσφορά υποβάλλονται ιδιωτικά έγγραφα, αυτά γίνονται αποδεκτά είτε σύμφωνα με όσα προβλέπονται στον ν. 2690/1999 (Α΄45) είτε και σε απλή φωτοτυπία, εφόσον συνυποβάλλεται υπεύθυνη δήλωση, στην οποία βεβαιώνεται η ακρίβειά τους και η οποία φέρει υπογραφή μετά την έναρξη διαδικασίας σύναψης σύμβασης».

Η παρεμβαίνουσα στον φάκελο της τεχνικής της προσφοράς υπέβαλε τα απαιτούμενα δικαιολογητικά της παραγράφου 2.4.3.2 της διακήρυξης, μεταξύ των οποίων περιλαμβάνονταν και το επίμαχο ενημερωτικό φυλλάδιο εξαρτημάτων και εγχειρίδιο χρήστη. Επίσης, η παρεμβαίνουσα υπέβαλε την 31/08/2022 υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου της όπου αναφέρει ότι: «Τα αναγραφόμενα στοιχεία στα τεχνικά φυλλάδια (prospectus, manuals, τεχνικά φυλλάδια) της προσφοράς μας, ταυτίζονται με τα στοιχεία των τεχνικών φυλλαδίων των κατασκευαστικών οίκων και τα κατατιθέμενα Τεχνικά Φυλλάδια, Εγχειρίδια και Prospectus είναι τα επίσημα των κατασκευαστικών οίκων. Τα κατατιθέμενα prospectus, manuals, τεχνικά φυλλάδια επαληθεύουν τα τεχνικά και ποιοτικά χαρακτηριστικά που αναγράφονται στις προσφορές. Είναι πρωτότυπα (όχι φωτοτυπίες) του μητρικού κατασκευαστικού οίκου και είναι αυτά που χρησιμοποιεί ο οίκος κατασκευής του προϊόντος, στο πλαίσιο της πολιτικής προώθησης των πωλήσεών του στις αγορές (ιδιωτικές και του Δημοσίου) του ενδιαφέροντος του». Επομένως συνάγεται ότι η παρεμβαίνουσα με τα ηλεκτρονικά υποβληθέντα δικαιολογητικά και την ως άνω υπεύθυνη δήλωση, πληροί τις απαιτήσεις της διακήρυξης χωρίς να είναι υποχρεωμένη να τα προσκομίσει και εγγράφως, όπως αβάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Εκ περισσού όμως η παρεμβαίνουσα υπέβαλε και έντυπο φάκελο προσφοράς (με

Αριθμός απόφασης: 216/2023

αριθμ. πρωτ. .../02-09-2022), στον οποίο περιλαμβανόταν το τεχνικό φυλλάδιο-test report και το εγχειρίδιο χρήστη - user manual. Κατόπιν των ανωτέρω προκύπτει ότι ο υπό κρίση πρώτος λόγος είναι αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί.

10. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον δεύτερο λόγο ισχυρίζεται ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας πρέπει να απορριφθεί λόγω παράβασης της με αριθμ. 30 τεχνικής προδιαγραφής. Ειδικότερα ισχυρίζεται ότι με την από 31/08/2022 δήλωσή της αναφέρει ότι διαθέτει οργανωμένη υπηρεσία τεχνικής κάλυψης (service) για τους προσφερομένους απινιδωτές και επισυνάπτει κατάσταση του τεχνικού εξοπλισμού και των οργάνων του τεχνικού της τμήματος για τη συντήρηση και τον έλεγχο των μηχανημάτων. Όμως, στον εξοπλισμό που αναφέρει ότι διαθέτει το τμήμα τεχνικής υποστήριξης δεν περιλαμβάνεται ο αναλυτής απινιδωτών, ο οποίος είναι απαραίτητο όργανο διακρίβωσης της ορθής λειτουργίας του απινιδωτή. Ο αναλυτής απινιδωτή και ο αναλυτής ηλεκτρικής ασφάλειας είναι τα πιο σημαντικά όργανα ελέγχου και διασφάλισης της καλής λειτουργίας ενός απινιδωτή. Επίσης, στο ίδιο το εγχειρίδιο χρήσης που προσκομίζει ηλεκτρονικά η παρεμβαίνουσα, στο κεφάλαιο Chapter 26 Maintenance, και συγκεκριμένα στο υποκεφάλαιο 26.9 Manual Defibrillation Test, προκύπτει με σαφήνεια η υποχρέωση, κατά τον κατασκευαστικό οίκο, χρήσης αναλυτή απινιδωτή για την διασφάλιση της προβλεπόμενης τεχνικής υποστήριξης του απινιδωτή.

11. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ανωτέρω δεύτερο λόγο της υπό κρίση προσφυγής: Η τεχνική προδιαγραφή της διακήρυξης με α/α 30 ορίζει ότι: *«Η προμηθεύτρια εταιρεία να διαθέτει οργανωμένο συνεργείο συντήρησης και επισκευών, με πιστοποίηση EN ISO 13485:2016 με πεδίο πιστοποίησης την τεχνική υποστήριξη ιατροτεχνολογικών προϊόντων, από τον οίκο κατασκευής του απινιδωτή καθώς και βεβαιώσεις εξουσιοδότησης επισκευής και συντήρησης του. Να κατατεθούν τα αντίστοιχα πιστοποιητικά.»*. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι από την προσφορά της παρεμβαίνουσας δεν προκύπτει ότι η τελευταία διαθέτει αναλυτή απινιδωτών και ως εκ τούτου δεν πληροί την ως άνω προδιαγραφή. Όμως, ο ισχυρισμός της αυτός είναι αβάσιμος διότι η προδιαγραφή με α/α 30 δεν ορίζει ως απαιτούμενα συγκεκριμένα όργανα τεχνικής υποστήριξης για τη συντήρηση και τον έλεγχο του εξοπλισμού, ούτε

Αριθμός απόφασης: 216/2023

συνάγεται κάτι τέτοιο από άλλους όρους της διακήρυξης. Η από 31.08.2022 δήλωση της παρεμβαίνουσας έχει υποβληθεί προαιρετικά και η αναφορά σε εργαλεία-εξοπλισμό είναι ενδεικτική αφού ρητά γράφει ότι *«το τμήμα Τεχνικής Υποστήριξης της ... διαθέτει σειρά από ειδικά όργανα, εργαλεία και εξοπλισμό, για την συντήρηση και τον έλεγχο των μηχανημάτων που διαθέτει, μεταξύ των οποίων {...}»*. Επομένως συνάγεται ότι η τεχνική προσφορά της παρεμβαίνουσας είναι σύμφωνη με την προδιαγραφή με α/α 30 της διακήρυξης, αφού δεν απαιτείται η προσκόμιση αποδεικτικών στοιχείων για την ύπαρξη αναλυτή απινιδωτών και σε κάθε περίπτωση αν η αναθέτουσα αρχή είχε οποιαδήποτε αμφιβολία θα μπορούσε να ζητήσει διευκρινήσεις σύμφωνα με το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016. Κατόπιν των ανωτέρω προκύπτει ότι ο δεύτερος λόγος είναι αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί.

12. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να γίνει δεκτή η παρέμβαση.

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

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 16 Ιανουαρίου 2023 και εκδόθηκε στις 06 Φεβρουαρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

Η Γραμματέας

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ