

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 1^η Μαρτίου 2023 με την εξής σύνθεση: Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Αγγελική Πουλοπούλου, Εισηγήτρια και Μαρία Μανδράκη Μέλη.

Για να εξετάσει την από 30-01-2023 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 118/30-01-2023 του Οικονομικού φορέα, με την επωνυμία «...», (εφεξής "ο προσφεύγων") , που εδρεύει στη «...» , όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του «...», (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), που εδρεύει στην «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας, με την επωνυμία «...», που εδρεύει στο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της από 14-12-2022 απόφασης που ελήφθη κατά την υπ. αρ. 91/2022 τακτική συνεδρίαση του Δ. Σ της αναθέτουσας αρχής και ενέκρινε αφενός μεν το υπ' αρ. 48430/12.12.2022 πρακτικό αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικής προσφοράς αφετέρου δε το υπ' αρ. 49431/12.12.2022 πρακτικό οικονομικής αξιολόγησης της Επιτροπής διενέργειας της διαγωνιστικής διαδικασίας με αποτέλεσμα την ανάδειξη οριστικού αναδόχου .

Με την ασκηθείσα παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής επι σκοπώ την διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...» και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. «...» διακήρυξη του «...» προκηρύχθηκε δημόσιος ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την προμήθεια «...», προϋπολογισμού χωρίς ΦΠΑ € 74.000 με κριτήριο κατακύρωσης τη χαμηλότερη τιμή, ο οποίος αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) την 03.10.2022 με Α.Δ.Α.Μ. «...» καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό «...».

3. Επειδή, ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016.

4. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 30-01-2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι οι προσβαλλόμενες αποφάσεις κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα μέσω της «Επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στις 19-01-2023.

5. Επειδή, εμπρόθεσμα ,κατ' αρ. 365 παρ. 1β ν.4412/2016, και δη την 06-02-2023 η αναθέτουσα αρχή έχει αναρτήσει στην «Επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού και κοινοποιήσει τις απόψεις της επί της κρινόμενης προσφυγής.

Αριθμός απόφασης: 428/2023

6. Επειδή, εμπρόθεσμα και εν γένει παραδεκτά ασκείται η από 06-02-2023 παρέμβαση αφού η προσφυγή κοινοποιήθηκε στον ενδιαφερόμενο από την αναθέτουσα αρχή μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού την 31-01-2023 .

7. Επειδή, στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, τόσο ο προσφεύγων όσο και η παρεμβαίνουσα συμμετείχαν στην άνω διαγωνιστική διαδικασία καταθέτοντας προσφορά για την ΟΜΑΔΑ Α' «...». Η Ομάδα Α' της διαγωνιστικής διαδικασίας αφορούσε στην προμήθεια της «...» της αναθέτουσας αρχής με «...», προκειμένου να διενεργούνται σε αυτούς οι ζητούμενες εξετάσεις. Το Διοικητικό Συμβούλιο της αναθέτουσας αρχής με την από 14.12.2022 απόφασή του που ελήφθη κατά την υπ' αριθμ. 91/2022 τακτική του συνεδρίαση , ενέκρινε αφενός το υπ' αριθμ. 48430/12-12-2022 πρακτικό αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικής προσφοράς αφετέρου το υπ' αριθμ. 49431/12-12-2022 πρακτικό οικονομικής αξιολόγησης της Επιτροπής διενέργειας της εν λόγω διαγωνιστικής διαδικασίας με αποτέλεσμα να κατακυρωθεί η προμήθεια της Ομάδας Α' («...») στην εταιρία "... και εδώ παρεμβαίνουσα, καθ' ότι η οικονομική της προσφορά ,για το εν λόγω είδος, ανέρχονταν στο ποσό των €16.640,00 πλέον ΦΠΑ, ενώ αυτή του προσφεύγοντος στο ποσό των €20.930,00. Περαιτέρω, με την από 18.01.2023 απόφασή του ,που ελήφθη κατά την υπ' αριθμ. 3/2023 τακτική συνεδρίαση , το Διοικητικό Συμβούλιο της αναθέτουσας αρχής ενέκρινε το υπ' αριθμ. 900/12.01.2023 πρακτικό αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, που υπέβαλε η παρεμβαίνουσα. Ενόψει αυτών , ο προσφεύγων εν προκειμένω ως συμμετέχων στην υπό κρίση διαδικασία, του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή, θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης ως βλαπτόμενος, κατά το μέρος που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς έτερου συνδιαγωνιζομένου, ερειδόμενο στη ζημία του από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτου στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς του (βλ. ΕΑ ΣτΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣτΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

8. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται, στην προσφυγή του ότι μη νομίμως και κατά παράβαση του νόμου και των απαράβατων όρων των τεχνικών

Αριθμός απόφασης: 428/2023

προδιαγραφών της διακήρυξης έγινε αποδεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας. Ειδικότερα, προβάλλει ότι ενώ, στην υπ' αριθμ. 3 τεχνική προδιαγραφή του «...» (βλ. σελ. 51 – Παράρτημα 1 της διακήρυξης) ζητείται ο προσφερόμενος «...» «να λειτουργεί αποκλειστικά με αναλώσιμες κασέτες. Να μην απαιτεί αντικατάσταση επιπλέον υλικών πλην των αναλώσιμων κασετών. Να περιγραφεί αναλυτικά η διαδικασία αντικατάστασης" , η προσφορά της παρεμβαίνουσας δεν πληροί την επίμαχη προδιαγραφή, η οποία συνιστά ταυτόχρονα και απαράβατο όρο της διακήρυξης, εφόσον στο υποβληθέν εκ μέρους της φύλλο συμμόρφωσης δεν απαντά καταφατικά ότι πληροί το σκέλος της προδιαγραφής, με το οποίο ζητείται να μην απαιτείται αντικατάσταση επιπλέον υλικών πλην των αναλώσιμων κασετών. Περαιτέρω, ισχυρίζεται ο προσφεύγων ότι ο προσφερόμενος από την παρεμβαίνουσα "...", εκτός από την αντικατάσταση των αναλώσιμων κασετών, απαιτεί για την ορθή και ομαλή λειτουργία του την αντικατάσταση και ενός ακόμη υλικού, ήτοι του «sample port», το οποίο υλικό δεν ανήκει στην κατηγορία των αναλώσιμων κασετών. Τούτο προκύπτει κατά τον προσφεύγοντα από τη σελίδα 4 του υποβληθέντος "προσπέκτους" του προσφερόμενου «...», όπου περιλαμβάνεται εικόνα του συγκεκριμένου υλικού και περιγράφεται η διαδικασία αντικατάστασης αυτού. Επιπροσθέτως, προς επίρρωση του ισχυρισμού του, ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι μολονότι στο εγχειρίδιο χρήστη του «...» «System Operator's Guide» το είδος – υλικό sample port περιλαμβάνεται στη λίστα με τα υλικά που είναι αναγκαία για τη λειτουργία του (διαθέτει μάλιστα και ξεχωριστό εργοστασιακό κωδικό), τούτο δεν αναγράφεται σε κανένα σημείο της τεχνική προσφοράς της παρεμβαίνουσας σκοπίμως .Τέλος, ο προσφεύγων αναφέρει ότι η αναθέτουσα αρχή, αντιλαμβανόμενη το ζήτημα αυτό με τις υπ' αριθμ. 43517/08-11-2022 και 43958/10-11-2022 επιστολές της ζήτησε από την παρεμβαίνουσα να παράσχει διευκρινίσεις, σχετιζόμενες με την τεχνική της προσφορά και συγκεκριμένα, εάν στην προσφορά περιλαμβάνεται το "sample port", η οποία και απάντησε ως εξής: *«Κάθε κασέτα μέτρησης εργοστασιακά συνοδεύεται από επιπλέον 2 θύρες δείγματος με κάθε παράδοση»*, ήτοι απάντηση από την οποία κατά τον προσφεύγοντα προκύπτει η συχνότητα χρήσης του εν λόγω

Αριθμός απόφασης: 428/2023

υλικού η οποία έχει ως εξής: «52 τεμάχια *sample port* ετησίως (26 κασέτες μέτρησης x 2 *sample port* ανά κασέτα μέτρησης = 52 τεμάχια *sample port*)». Σημειώνει δε ο προσφεύγων ότι η παρεμβαίνουσα δεν προσέφερε τα απαραίτητα για τη λειτουργία του προσφερόμενου από αυτήν «...» *sample ports*. Ενόψει αυτών ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας θα έπρεπε να έχει απορριφθεί ως απαράδεκτη, αφενός λόγω μη πλήρωσης της υπ' αριθμ. 3 τεχνικής προδιαγραφής, αφετέρου λόγω μη προσφοράς των απαιτούμενων για την ομαλή και ασφαλή λειτουργία του αναλυτή αναλωσίμων υλικών (*sample ports*).

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της επί της προσφυγής εμμένει στο υπ' αριθμ. πρωτ. 48430/12-12-2022 πρακτικό αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικής προσφοράς.

10. Επειδή, η παρεμβαίνουσα επί του λόγου αυτού της προσφυγής προβάλλει ότι αβασίμως ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι η ίδια δεν απαντά καταφατικά στο Φύλλο Συμμόρφωσης, επισυνάπτοντας απόσπασμα από το εν λόγω σχετικό έγγραφο, από το οποίο όμως προκύπτει το αντίθετο και δη η σαφής καταφατική απάντηση τόσο στη στήλη «ΑΠΑΙΤΗΣΗ» όπου απαντάει σαφώς με «ΝΑΙ», όσο και στη στήλη «ΑΠΑΝΤΗΣΗ» όπου απαντάει σαφώς ΑΠΟΛΥΤΗ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗ και ότι «Ο «...» λειτουργεί αποκλειστικά με αναλώσιμες κασέτες...» και όλα τα υλικά περιλαμβάνονται στις αναλώσιμες κασέτες. Η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει περαιτέρω ότι σχετικά με το είδος *sample port* αβασίμως προβάλλεται από τον προσφεύγοντα ότι δεν ανήκει στην κατηγορία των αναλώσιμων κασετών καθώς από την τεχνική του προσφορά και τα υπ' αριθμ. πρωτ. 43958/10-11-22 και 43517/8-11-22 απαντητικά έγγραφα, στις ζητούμενες από την αναθέτουσα διευκρινίσεις, προκύπτει ότι το είδος *sample port* αποτελεί μέρος της κασέτας μέτρησης, είναι ενσωματωμένο σε αυτή και δεν απαιτεί καμία άλλη ιδιαίτερη ξεχωριστή διαδικασία κατά την αντικατάσταση της αναλώσιμης κασέτας. Επομένως, πλήρως συμμορφώνεται με τις απαιτήσεις της προδιαγραφής η αναλώσιμη κασέτα που συνοδεύεται από θύρες δείγματος στη συσκευασία. Ως προς τον

Αριθμός απόφασης: 428/2023

ισχυρισμό του προσφεύγοντος ότι από το Εγχειρίδιο του προσφερόμενου από την παρεμβαίνουσα προϊόντος προκύπτει ότι το είδος sample port περιλαμβάνεται σε «*λίστα με υλικά που είναι αναγκαία για τη λειτουργία του*» αυτή προβάλλει ότι στη λίστα περιλαμβάνεται πλήθος υλικών που δεν είναι απαραίτητα για τη λειτουργία του αναλυτή: Ενδεικτικά αναφέρει εγχειρίδια χρήσης (π.χ. το «...» guide στα Γερμανικά ή Ιαπωνικά) ανταλλακτικά που χρησιμοποιούνται από το τεχνικά τμήματα των προσφερουσών εταιρειών (π.χ. «...») κλπ.

11. Επειδή, σύμφωνα με τον κρίσιμο εν προκειμένω όρο της Διακήρυξης και συγκεκριμένα, την υπ' αριθμ. 3 τεχνική προδιαγραφή του «...» (βλ. σελ. 51 – Παράρτημα 1 της διακήρυξης) ζητείται ο προσφερόμενος «...» *«Να λειτουργεί αποκλειστικά με αναλώσιμες κασέτες. Να μην απαιτεί αντικατάσταση επιπλέον υλικών πλην των αναλώσιμων κασετών. Να περιγραφεί αναλυτικά η διαδικασία αντικατάστασης.»*.

12. Επειδή, κατά τα παγίως γεγόμενα 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).

13. Επειδή, από την επισκόπηση των στοιχείων του φακέλου που αφορούν τον προβαλλόμενο λόγο της προσφυγής προκύπτουν τα εξής: Από το σχετικό φύλλο συμμόρφωσης της υπ' αρ. «...» προσφοράς της παρεμβαίνουσας, το οποίο περιλαμβάνεται στον υποφάκελο Δικαιολογητικά Συμμετοχής- τεχνική προσφορά, προκύπτει ότι, αντίθετα με όσα αβασίμως ο προσφεύγων

Αριθμός απόφασης: 428/2023

ισχυρίζεται, στη στήλη «ΑΠΑΙΤΗΣΗ» η παρεμβαίνουσα απαντά με «ΝΑΙ», όπως και στη στήλη «ΑΠΑΝΤΗΣΗ» όπου απαντά επίσης ΑΠΟΛΥΤΗ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗ και αναγράφεται ότι «Ο «...» λειτουργεί αποκλειστικά με αναλώσιμες κασέτες. Όλα τα υλικά (υγρά , αισθητήρες, υδραυλικά εξαρτήματα, απόβλητα, υλικά ποιοτικού ελέγχου, ηλεκτρονικά στοιχεία, μηχανικά στοιχεία) περιλαμβάνονται στις αναλώσιμες κασέτες. Η διαδικασία αντικατάστασης τους περιγράφεται με τον πλέον αναλυτικό τρόπο στο κατατιθέμενο εγχειρίδιο χρήσης. Προς αξιολόγηση καταθέτουμε στις παραπομπές της ζητούμενης διαδικασίες. [...]». Περαιτέρω, όπως προκύπτει από τις εικόνες στο τεχνικό εγχειρίδιο της προσφερόμενης από την παρεμβαίνουσα αναλώσιμης κασέτας, το sample port αν και δυνητικά αποσπώμενο είναι εντούτοις ενσωματωμένο στην κασέτα, αποτελεί δηλαδή τμήμα και εξάρτημα αυτής και όχι χωριστό είδος, ενώ από τις διευκρινίσεις που παρασχέθηκαν με τα προαναφερόμενα υπ' αριθμ. πρωτ. 43958/10-11-22 και 43517/8-11-22 απαντητικά έγγραφα, τα οποία παραπέμπουν στην επίσημη ιστοσελίδα του προσφερόμενου είδους και δη σε έγγραφο που έχει συνταχθεί το 2019 (και έχει επομένως προγενέστερο της διακήρυξης χαρακτήρα), προκύπτει ότι στη συσκευασία της κασέτας περιλαμβάνονται δύο «επιπλέον» sample ports, γεγονός που καταδεικνύει ότι υπάρχει ήδη sample port στη συσκευασία της αναλώσιμης κασέτας ενώ προφέρονται και δύο ακόμη. Ο δε προσφεύγων δεν αποδεικνύει με την προσφυγή του ότι τα sample ports αντικαθίστανται ή χρήζουν αντικατάστασης κάθε φορά που αντικαθίσταται και η αναλώσιμη κασέτα. Αντίθετα περιορίζεται σε έναν αυθαίρετο, αόριστο και αναπόδεικτο συλλογισμό , βάσει του οποίου υποστηρίζει όχι μόνο ότι το sample port αποτελεί ανεξάρτητο και διακριτό της αναλώσιμης κασέτας είδος αλλά και ότι η παρεμβαίνουσα παρέλειψε να προσφέρει επαρκή αριθμό sample ports. Οι δε αιτιάσεις του προσφεύγοντος περί διακριτού εργοστασιακού κωδικού δεν δύνανται να στοιχειοθετήσουν ότι το sample port αποτελεί ξεχωριστό και διακριτό της προσφερόμενης κασέτας είδος, αφού κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας εξαρτήματα τα οποία απαρτίζουν ένα ενιαία προσφερόμενο είδος δύνανται να διαθέτουν ξεχωριστό εργοστασιακό κωδικό, δεν καθιστά δε αυτό απαραίτητα αυτοτελή και ανεξάρτητα είδη, γεγονός που ούτως ή άλλως δεν αποδεικνύεται εν

Αριθμός απόφασης: 428/2023

προκειμένω. Αντιθέτως από την περαιτέρω επισκόπηση του φακέλου προκύπτει ότι η αναλώσιμη κασέτα διαθέτει ένα αποσπαστό τμήμα, το sample port, το οποίο προσφέρεται μαζί με την αναλώσιμη κασέτα και δη στην ίδια συσκευασία, ενώ παρέχονται και δύο επιπλέον sample ports ώστε να καλυφθεί κάθε ανάγκη που ενδέχεται να προκύψει κατά τη διάρκεια χρήσης. Αυτή ωστόσο η περιγραφή δεν αντίκειται στο ρητό όρο της διακήρυξης ,βάσει του οποίου ο «...» πρέπει να λειτουργεί αποκλειστικά με αναλώσιμες κασέτες χωρίς να απαιτείται η αντικατάσταση επιπλέον υλικών. Και τούτο διότι ούτε προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου ούτε αποδεικνύεται από τον προσφεύγοντα ότι η τακτική λειτουργία του «...» απαιτεί πέραν της τακτικής αντικατάστασης της αναλώσιμης κασέτας και ταυτόχρονης ή αντίστοιχης συχνότητας αλλαγή του sample port. Συνεπώς, αορίστως και αβασίμως προβάλλεται ο σχετικός λόγος και πρέπει να απορριφθεί να γίνουν δε δεκτά όσα προβάλλονται αντιστοίχως με την κρινόμενη παρέμβαση.

14. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμη, να γίνει δεκτή η παρέμβαση και τέλος, να καταπέσει το κατατεθέν παράβολο υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου ,κατ' άρθρο 363 Ν.4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του κατατεθένος παραβόλου ποσού 600 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 01-03-2023 και εκδόθηκε στις 20-03-2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Αριθμός απόφασης: 428/2023

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΚΑΡΑΔΗΜΑ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ**