

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 13.08.2020 με την εξής σύνθεση: Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Σταυρούλα Κουρή και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 06.07.2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/861/07.07.2020 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «****», νομίμως εκπροσωπούμενης,

Κατά του ***** [εφεξής αναθέτουσα αρχή] και

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «*****», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαρία-Ελένη Σιδέρη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, με την ως άνω Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 457/2020 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής, κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά της για το είδος με α/α 9, κρίνοντας αποδεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας, στο πλαίσιο της υπ' αριθμ. ****/2020 Διακήρυξης, με αντικείμενο την προμήθεια ενδοφακών και πακέτων φακοθρυψίας με παραχώρηση συνοδού εξοπλισμού.

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. ****/2020 Διακήρυξη προκηρύχθηκε ανοιχτός, ηλεκτρονικός Διαγωνισμός κάτω των ορίων με αντικείμενο την

προμήθεια ενδοφακών και πακέτων φακοθρυψίας με παραχώρηση συνοδού εξοπλισμού, συνολική προϋπολογισθείσα δαπάνη 230.000,00€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ και δικαιώματος προαίρεσης για ένα επιπλέον έτος και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής. Η εν λόγω Διακήρυξη, η οποία περιλαμβάνει 9 Τμήματα και παραχώρηση συνοδού εξοπλισμού, καταχωρήθηκε στις 13.05.2020 στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων με ΑΔΑΜ:***** και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) με Α/Α *****.

Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 28.05.2020 και ώρα 18.00 π.μ., ενώ ως ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών ορίστηκε η 03.06.2020 και ώρα 10.00 π.μ. Για το Τμήμα 9, για το οποίο ασκήθηκε η υπό κρίση Προσφυγή και το οποίο αφορά στην προμήθεια 300 κασετών φακοθρυψίας με παραχώρηση συνοδού εξοπλισμού, προϋπολογισθείσας δαπάνης 16.500,00€ πλέον ΦΠΑ, υποβλήθηκαν 2 προσφορές, ήτοι οι προσφορές της προσφεύγουσας και της παρεμβαίνουσας. Η προσφορά της παρεμβαίνουσας για το εν λόγω τμήμα κρίθηκε αποδεκτή, ενώ η προσφορά της προσφεύγουσας απορρίφθηκε με την εξής αιτιολογία: *«Η Επιτροπή απορρίπτει την προσφορά της ***** , διότι ζητείται από την διακήρυξη εξαιρετική χαμηλή ιδιοσυχνότητα υπερήχων των στυλεών από 28 έως 43kHz. Ωστόσο, στην τεχνική προσφορά στο εγχειρίδιο χρήσης αναφέρεται ιδιοσυχνότητα υπερήχων των στυλεών από 30 έως 60kHz. Επίσης, στην τεχνική προσφορά δεν έχει κατατεθεί προσπέκτους ή κάποιο επίσημο έγγραφο για την προσφερόμενη κασέτα φακοθρυψίας. Δεν αναφέρεται συγκεκριμένα κωδικός προϊόντος, ούτε υπάρχει κάποια παραπομπή. Αναφέρει μόνο στην τεχνική προσφορά κωδικό είδους που διαφοροποιείται ανάλογα με το περιεχόμενο και την παρτίδα κατασκευαστή».*

3. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί αντίστοιχα, το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό ***** , ποσού ευρώ εξακοσίων (€600,00) από την προσφεύγουσα, σύμφωνα με τα άρθρα 363

παρ. 1-2 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α΄ 147) και 5 παρ. 1-2 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α΄ 64).

4. Επειδή, η ΑΕΠΠ είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του αντικειμένου αλλά και του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού (εκ ποσού 230.000,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ καθώς και δικαιώματος προαίρεσης), σύμφωνα με τα άρθρα 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017 και 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 Ν. 4487/2016 (ΦΕΚ Α΄ 116).

5. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στην προσφεύγουσα (παρεκτεινομένης έως την επόμενη εργάσιμη ημέρα), η οποία έγινε με τη χρήση ηλεκτρονικών μέσων (μέσω του ΕΣΗΔΗΣ) στις 24.06.2020.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής, καθώς δραστηριοποιείται ενεργά στον τομέα που αποτελεί το αντικείμενο της υπό ανάθεση προμήθειας και έχει υποβάλει προσφορά, με αποτέλεσμα να υφίσταται βλάβη από την απόρριψη της και την αποδοχή της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, κατά παράβαση – κατά τους ισχυρισμούς της – του ενιαίου μέτρου κρίσης.

7. Επειδή, η Παρέμβαση του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «*****» έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στον διαδικτυακό τόπο του Διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) στις 14.07.2020 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου. Ειδικότερα, κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και 7 του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της Προδικαστικής Προσφυγής στην παρεμβαίνουσα, η οποία έγινε με ηλεκτρονικά μέσα (μέσω του ΕΣΗΔΗΣ) στις 07.07.2020. Η

παρεμβαίνουσα έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της εν λόγω Παρέμβασης, καθώς η υπό κρίση Προσφυγή στρέφεται κατά της υποβληθείσας προσφοράς της.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη πράξη πρέπει να ακυρωθεί για τους εξής λόγους: «[...] 4. *Εν προκειμένω, σύμφωνα με το Παράρτημα Ι της Διακήρυξης («Περιγραφή είδους, Τεχνικές Προδιαγραφές, Ποσότητες και Τιμές-Γενικοί Όροι»)* και αναφορικά με το είδος με α/α 9 («Κασέτα Φακοθρυψίας με Παραχώρηση Συνοδού Εξοπλισμού»), ορίζονται, μεταξύ άλλων, τα εξής: «**ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΠΑΡΑΧΩΡΗΣΗΣ ΣΥΝΟΔΟΥ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ:...** 1. Να αποτελείται από 2 στυλεούς φακοθρυψίας, 2. Να έχει εξαιρετικά χαμηλή ιδιοσυχνότητα υπερήχων των στυλεών από 28 έως 43kHz. 3. Να διαθέτει πρόσθιο υαλοειδοφάγο τουλάχιστον 800 κοπών/λεπτό. 4. Να διαθέτει έγχρωμη οθόνη, υψηλής ευκρίνειας. 5. Να διαθέτει ασύρματο τηλεχειριστήριο. 6. Να διαθέτει ασύρματο ποδοχειριστήριο. 7. Να διαθέτει μια επιπλέον επαναφορτιζόμενη μπαταρία για τον ποδοδιακόπτη». 5. Συμφώνως με τις ως άνω Τεχνικές Προδιαγραφές, η Εταιρεία μας υπέβαλε την από 27.05.2020 Τεχνική Προσφορά, με την οποία για το είδος α/α 9, προσέφερε ως συνοδό εξοπλισμό το μηχάνημα CENTURION. Το εν λόγω μηχάνημα πληροί το σύνολο των τιθέμενων τεχνικών προδιαγραφών. Ειδικά ως προς την απαιτούμενη ιδιοσυχνότητα υπερήχων των στυλεών φακοθρυψίας, το μηχάνημα διαθέτει συχνότητα συντονισμού από 30kHz έως 60kHz. Συνεπώς, κείται εντός των επιθυμητών ορίων της υπ' αριθ. 2 ως άνω τεχνικής προδιαγραφής («...2. Να έχει εξαιρετικά χαμηλή ιδιοσυχνότητα υπερήχων των στυλεών από 28 έως 43kHz»), ενόψει της γραμματικής διατύπωσης αυτής. 6. Περαιτέρω, αναφορικά με το εν λόγω είδος, η Εταιρεία μας κατέθεσε το απαραίτητο εγχειρίδιο χρήσης, στο οποίο και παραπέμπει, όπως αποδεικνύεται παραχρήμα από το Φύλλο Συμμόρφωσης (Σχετικό 4). Ουδεμία τέτοια απαίτηση είχε θέσει το Νοσοκομείο σχετικά με την προσκόμιση έτερου εγγράφου για το είδος 9, ούτε αναφερόταν τέτοια υποχρέωση στους Γενικούς Όρους των Τεχνικών Προδιαγραφών (βλ. σελ. 49 Διακήρυξης). Άλλωστε, το Νοσοκομείο δεν αναφέρει ποιος είναι ο όρος της Διακήρυξης που απαιτούσε την προσκόμιση πρόσθετων εγγράφων για την

τεκμηρίωση της Τεχνικής Προσφοράς και η παράβαση του οποίου επιφέρει την απόρριψη της προσφοράς. Συνεπώς, και αυτός ο λόγος απόρριψης της προσφοράς μας τυγχάνει απαράδεκτος ως αβάσιμος, η δε αναφορά του Νοσοκομείου σε «προσπέκτους ή κάποιο επίσημο έγγραφο για την προσφερόμενη κασέτα φακοθρυψίας» τυγχάνει παντελώς αόριστη. Σημειωτέον δε ότι η Εταιρεία μας ανταποκρινόμενη στον σχετικό υπ' αριθ. 6.4 όρο της Διακήρυξης (βλ. σελ. 42), κατέθεσε το απαιτούμενο Δείγμα για την κασέτα φακοθρυψίας. 7. Τέλος, και παρά την απουσία σχετικής απαίτησης του Νοσοκομείου, η Εταιρεία μας ανέγραψε τον κωδικό είδους του προϊόντος, με μνεία ότι ο εν λόγω κωδικός διαφοροποιείται ανάλογα με τα περιεχόμενά του και τον αριθμό παρτίδας κατασκευής. Αντιθέτως, η Αναθέτουσα Αρχή απέρριψε την προσφορά μας, επειδή δήθεν «δεν αναφέρεται συγκεκριμένα κωδικός προϊόντος, ούτε υπάρχει κάποια παραπομπή. Αναφέρει μόνο στην τεχνική προσφορά κωδικό είδους που διαφοροποιείται ανάλογα με το περιεχόμενο και την παρτίδα κατασκευαστή». Ωστόσο, δεν αναφέρει σε ποιο σημείο της Διακήρυξης τίθεται και μάλιστα επί ποινή ακυρότητας η εν λόγω απαίτηση. Συνεπώς, μη νόμιμα απορρίφθηκε η προσφορά μας για το εν λόγω είδος. 8. Δεδομένων όλων των ανωτέρω, καθίσταται σαφές ότι το Νοσοκομείο μη νόμιμα απέρριψε την Τεχνική Προσφορά της Εταιρείας μας αναφορικά με το είδος με α/α 9 και μας απέκλεισε, κατ' αυτόν τον τρόπο, από την συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας. Γ. Όλως επικουρικά: Παραβίαση της αρχής του Ενιαίου Μέτρου Κρίσης 9. Έτι δε πλέον, ακόμη και εάν ήθελε υποτεθεί ότι το Νοσοκομείο νομίμως απέρριψε την προσφορά της Εταιρείας μας, δεν έπραξε το ίδιο, ως όφειλε τηρώντας την αρχή του ενιαίου μέτρου κρίσης, αναφορικά με την Τεχνική Προσφορά της συμμετέχουσας εταιρείας «*****» για το ίδιο ως άνω είδος με α/α 9. 10. Τούτο δε διότι, αν ήθελε υποτεθεί ότι το αληθές νόημα της υπ' αριθ. 2 απαίτησης των τεχνικών προδιαγραφών για το είδος 9 ήταν η πράγματι χαμηλή ιδιοσυχνότητα υπερήχων των στυλεών από 28 έως 43kHz, τότε τόσο η Εταιρεία μας, η οποία προσέφερε συχνότητα συντονισμού από 30kHz έως 60kHz, όσο και η εταιρεία «****.», η οποία προσέφερε σταθερή ιδιοσυχνότητα υπερήχων των στυλεών 28,5 kHz, έπρεπε να αποκλεισθούν από την συνέχιση

της διαγωνιστικής διαδικασίας, ως μη προσφέρουσες την χαμηλότερη ζητούμενη συχνότητα των 28 κΗ. 11. Άλλωστε, όπως έχει γίνει παγίως δεκτό, διαγωνιζόμενος, ο οποίος νομίμως αποκλείεται από διαγωνισμό δεν έχει μεν έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει την νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, δοθέντος ότι με τον αποκλεισμό του καθίσταται, ως προς τον διαγωνισμό αυτό τρίτος. Κατ' εξαίρεση, όμως, και προς διασφάλιση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, η οποία αποτελεί ειδικότερη έκφραση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας που διέπουν το σύνολο του ενωσιακού και του εθνικού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, με έννομο συμφέρον προβάλλει ισχυρισμούς αναφερόμενους αποκλειστικώς στην αποδοχή της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου παρά την συνδρομή λόγου αποκλεισμού ίδιου με εκείνον που απετέλεσε την αιτιολογία αποκλεισμού του (βλ. ενδεικτικά ΣτΕ Ε.Α. 106/2013, 380/2012, 671/2011, ΣτΕ 1265/2011). 12. Η έννοια του «ίδιου λόγου» σημαίνει εν προκειμένω ότι ο αναθέτων φορέας/αναθέτουσα αρχή, ενώ εν τέλει συνέτρεχε η ίδια πλημμέλεια, στην μία περίπτωση έκρινε την προσφορά αποκλειστέα και στην άλλη όχι, και ότι ερμήνευσε και αξιολόγησε το ίδιο στοιχείο στην μία περίπτωση ως καλύπτον τους όρους του διαγωνισμού και στην άλλη, ακριβώς αντίστροφα, ως μη καλύπτον. Αυτό είναι και το νόημα της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης ως εξαίρεσης των ως άνω αναφερθέντων περί εξαρτήσεως του εννόμου συμφέροντος από το νόμιμο της προσφοράς του προσφεύγοντος και άρα από την μη ιδιότητά του ως τρίτου – και δη νομίμως καταστάντα ως τρίτου και ξένου ως προς τον προκείμενο διαγωνισμό. Με άλλα λόγια, σκοπός της αρχής, και άρα κριτήριο της εφαρμογής του ενιαίου μέτρου κρίσης, είναι να μην παραμένει στον διαγωνισμό μια προσφορά με ακριβώς τα ίδια στοιχεία, άρα και ακριβώς για τον ίδιο λόγο για τον οποίο άλλη απεκλείσθη, κατάσταση που θα καθιστούσε όλως αυθαίρετη και άνιση την μεταχείριση των διαγωνιζομένων. Για την δε θεμελίωση παραβιάσεως του ίσου μέτρου κρίσης, κρίσιμο είναι το εάν εχώρησε διαφορετική εκτίμηση των αυτών πλημμελειών των προσφορών και όχι εάν διαφορετικές πλημμέλειες αφορούν στο ίδιο, εν γένει ζήτημα (βλ. σκ. 12 ΑΕΠΠ 10/2020 7μ., 541-542/2019 και εκεί αναφερόμενη νομολογία, ΣτΕ 2186/2013).

13. Συνεπώς, και δεδομένων όλων των ανωτέρω, το Νοσοκομείο, απορρίπτοντας την τεχνική προσφορά της Εταιρείας μας και αποδεχόμενο την αντίστοιχη προσφορά της εταιρείας «*****» παραβίασε την αρχή του ενιαίου μέτρου κρίσης. Προς τούτο, η προσβαλλόμενη απόφαση τυγχάνει ακυρωτέα».

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή στις υπ' αριθμ. πρωτ. 17596/16.07.2020 Απόψεις της, τις οποίες ανήρτησε αυθημερόν στο ΕΣΗΔΗΣ, εμμένει στη νομιμότητα της προσβαλλόμενης πράξης, ισχυριζόμενη ειδικότερα τα εξής: «Ο αποκλεισμός της εταιρείας ***** από τον διαγωνισμό οφείλεται στην μη εκπλήρωση των τεχνικών προδιαγραφών που ζητήθηκαν από τον διαγωνισμό, προδιαγραφές που εξασφαλίζουν την αναγκαία ποιότητα του υλικοτεχνικού εξοπλισμού και τελικώς διασφαλίζουν την υγεία των ασθενών. Πιο συγκεκριμένα στην διακήρυξη στον α/α 9 ζητήθηκε ξεκάθαρα ιδιαίτερα χαμηλή ιδιοσυχνότητα υπερήχων στυλεών από 28KHz σε 43KHz. Αυτό σημαίνει πως οποιαδήποτε τιμή που είναι μικρότερη των 28KHz ή ξεπερνάει τα 43KHz είναι εκτός των ορίων που ορίζει η προδιαγραφή της διακήρυξης. Στην προσφορά της εταιρείας ***** αναγράφεται πως η ιδιοσυχνότητα των στυλεών είναι από 30KHz έως 60KHz, άρα υπάρχει εύρος συχνοτήτων λειτουργίας των στυλεών εκτός προδιαγραφών που ζητήθηκαν (πάνω από τα 43KHz που ζητήθηκε ως ανώτατο όριο υπερήχων έως τα 60KHz που είναι το ανώτερο όριο του μηχανήματος που προσφέρεται ομόφωνα με την τεχνική προσφορά). Έτσι η προσφορά κρίθηκε εκτός προδιαγραφών της διακήρυξης και απορρίφθηκε. Στην προσφορά της εταιρείας ***** αναγράφεται πως η ιδιοσυχνότητα υπερήχων των στυλεών είναι σταθερά 28,5KHz, τιμή εντός του ζητούμενου εύρους 28KHz έως 43KHz. Έτσι η προσφορά έγινε δεκτή αφού είναι εντός των ορίων που ζητούνται από την προδιαγραφή της προκήρυξης. Επιπλέον στην προσφορά της ***** δεν έχει κατατεθεί προσπέκτους ή κάποιο επίσημο έγγραφο για την προσφερόμενη κασέτα φακοθρυψίας. Πιο συγκεκριμένα στην διακήρυξη στην σελίδα 25 αναγράφεται: 2.4.3.2 Στην τεχνική προσφορά θα πρέπει να κατατεθεί και υλικό τεκμηρίωσης βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα ήτοι: 1) Πίνακα

συμμόρφωσης με τις τεχνικές προδιαγραφές όπως αναφέρονται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ 1 της διακήρυξης (σύμφωνα με το υπόδειγμα και τις οδηγίες που παρατίθενται στην συνέχεια) όπου θα γίνεται παραπομπή σε έγγραφα, δικαιολογητικά και πιστοποιητικά ISO, και πρότυπα, Υπεύθυνες Δηλώσεις, που θα τεκμηριώνουν την καταλληλότητα των προσφερόμενων υπηρεσιών ψηφιακά υπογεγραμμένο... Στην στήλη ΠΑΡΑΠΟΜΠΗ θα καταγραφεί η σαφής παραπομπή σε ενότητα της τεχνικής προσφοράς, η οποία θα περιλαμβάνει αριθμημένα Τεχνικά Φυλλάδια κατασκευαστών, ή αναλυτικές τεχνικές περιγραφές. Επιπλέον: 2.4.6. Λόγοι απόρριψης προσφορών. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία δεν υποβάλλεται με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1, 2.4.2., 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικής προσφοράς) κτλ, β) η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα κτλ, γ) για την οποία ο προσφέρων δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις κτλ, [...] η) η οποία θέτει όρο αναπροσαρμογής, θ) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης. Εν κατακλείδι, για τους προαναφερθέντες λόγους της αδυναμίας εκπλήρωσης των προδιαγραφών της διακήρυξης, η προσφορά της εταιρείας ***** κρίθηκε απορριπτέα, όπως εγκρίθηκε με την υπ' αριθμ. 457/22^{ης}/16.06.2020 Απόφαση ΔΣ. Αντιθέτως, λόγω εκπλήρωσης των προδιαγραφών της διακήρυξης όπως προαναφέρθηκε, η προσφορά της εταιρείας ***** έγινε δεκτή».

10. Επειδή, η παρεμβαίνουσα απαντά στις αιτιάσεις της προσφεύγουσας ως εξής: «B.2. 1ος. ΛΟΓΟΣ ΑΠΟΡΡΙΨΗΣ – ΤΟ ΠΡΟΣΦΕΡΟΜΕΝΟ ΠΡΟΙΟΝ ΔΕΝ ΑΝΤΑΠΟΚΡΙΝΕΤΑΙ ΣΤΙΣ ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ. Η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας είναι καθόλα ορθή και νόμιμη και πρέπει να διατηρηθεί η ισχύς της για τους ακόλουθους καθόλα νόμιμους και βάσιμους λόγους: Σε ακολουθία με τις τιθέμενες προδιαγραφές της διακήρυξης ο συνοδός εξοπλισμός και ειδικότερα το

μηχάνημα υαλοειδεκτομής πρέπει «Να έχει εξαιρετικά χαμηλή ιδιοσυχνότητα υπερήχων των στυλεών από 28 έως 43kHz». I.Η εν λόγω προδιαγραφή είναι εξαιρετικής σημασίας, διότι στο σύνολο της ιατρικής κοινότητας είναι γνωστό ότι όσο μικρότερη η συχνότητα λειτουργίας των υπερήχων τόσο μικρότερη είναι η πιθανότητα δημιουργίας οιδήματος στον κερατοειδή. Αυτός είναι άλλωστε ο λόγος για τον οποίο η αναθέτουσα διαμόρφωσε κατά τον τρόπο αυτό τις προδιαγραφές κατά την ανέλεγκτη αναιρετικά κρίση της. II.Το προσφερόμενο από την καθής μηχάνημα λειτουργεί σε συχνότητα μεταξύ 30-60kHz με μη ελεγχόμενη από τον χρήστη διακύμανση της συχνότητας των υπερήχων αλλά από το ίδιο το μηχάνημα. Κατά συνέπεια κατά την χρήση στον ασθενή το μηχάνημα δεν εμποδίζεται να κινηθεί σε συχνότητα που υπερβαίνει την μέγιστη από την ζητούμενη στην διακήρυξη. Είναι προφανές ότι το προσφερόμενο μηχάνημα εκφεύγει από τα όρια της ζητούμενης τεχνικής προδιαγραφής, συνεπώς δεν πληρούται αυτή και ορθώς απερρίφθη από την αναθέτουσα ως όφειλε κατά δέσμια αρμοδιότητα. Β.3. 2ος. ΛΟΓΟΣ ΑΠΟΡΡΙΨΗΣ - ΕΛΛΕΙΨΗ ΥΠΟΧΡΕΩΤΙΚΗΣ ΑΝΑΦΟΡΑΣ ΚΩΔΙΚΟΥ ΕΙΔΟΥΣ - ΕΛΛΙΠΗΣ ΣΥΜΠΛΗΡΩΣΗ ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ/ΦΥΛΛΟΥ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ - ΠΑΡΑΛΕΙΨΗ ΠΡΟΣΚΟΜΙΣΗΣ ΥΛΙΚΟΥ ΤΕΚΜΗΡΙΩΣΗΣ. Αναφορικά με τον δεύτερο ισχυρισμό της καθής, ο οποίος τυγχάνει αλυσιτελής ενόψει της προηγηθείσας υποχρεωτικής απόρριψης της προσφοράς της, επαγόμαστε τα ακόλουθα: Η καθής στον Α/Α9 ΓΙΑ ΤΗΝ ΚΑΣΕΤΑ ΦΑΚΟΘΡΥΨΙΑΣ, και όχι για τον συνοδό εξοπλισμό, παραβίασε τους όρους της διακήρυξης που υποχρεωτικά επιφέρουν απόρριψη της προσφοράς της σύμφωνα με το άρθρο 2.4.6 της διακήρυξης και συγκεκριμένα: I. Παρέλειψε την αυτονόητη υποχρέωση της να συμπεριλάβει, στον πίνακα τεχνικής προσφοράς της, τους εμπορικούς κωδικούς των προϊόντων της που προτίθετο να προσφέρει. II. Παρέλειψε να συμπεριλάβει, στον πίνακα συμμόρφωσης, παραπομπή σε έγγραφα, δικαιολογητικά & πιστοποιητικά ISO, πρότυπα, υπεύθυνες δηλώσεις, με σαφή παραπομπή σε ενότητα της τεχνικής προσφοράς, η οποία θα περιλαμβάνει αριθμημένα Τεχνικά Φυλλάδια κατασκευαστών, ή αναλυτικές τεχνικές περιγραφές (2.24.3.2 παρ 6 με αριθμηση 1.Πίνακας συμμόρφωσης...). III. Παρέλειψε να καταθέσει με την

τεχνική της προσφορά το υλικό τεκμηρίωσης βάσει των οποίων θα μπορούσε να αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών (2.24.3.2 παρ 5 Στην τεχνική προσφορά ...). Ενώ η καθής κατέθεσε προσπέκτους για τα προσφερόμενα προϊόντα της στους Α/Α 3,7 και 8, και για το συνοδό εξοπλισμό του προϊόντος στον Α/Α 9, ωστόσο παρέλειψε να συμπεριλάβει προσπέκτ για το ίδιο το προϊόν του Α/Α 9 ήτοι για την κασέτα φακοθρυψίας. Εξυπακούεται ότι οι παραπάνω ελλείψεις αφενός δεν δύνανται να αναπληρωθούν από το δείγμα, αφού από αυτό δεν μπορούν να προκύψουν οι τεχνικές προδιαγραφές του προσφερόμενου προϊόντος, αφετέρου και να μπορούσαν, πράγμα αδύνατο, η τεχνική περιγραφή είναι ελλιπής και ακυρωτέα αφού παραβιάζει ευθέως τους όρους της διακήρυξης που έχουν τεθεί επί ποινή απόρριψης. Η προσφορά της καθής είναι αόριστη, ανεπίδεκτη τεχνικής αξιολόγησης και σύμφωνα με τα παραπάνω ορθώς με την ίδια αιτιολογία αλλά παρεμφερή διατύπωση απορρίφθηκε από την αναθέτουσα. Γ. ΕΠΙ ΤΗΣ ΑΡΧΗΣ ΤΟΥ ΙΣΟΥ ΜΕΤΡΟΥ ΚΡΙΣΗΣ Ι.Η αρχή του ίσου μέτρου κρίσης απορρέει από την αρχή της ίσης μεταχείρισης και από την αρχή της διαφάνειας. Σύμφωνα με την νομολογία του ανωτάτου ακυρωτικού η αναθέτουσα αρχή πρέπει να δείχνει την ίδια επιείκεια και, αντιστρόφως, την ίδια αυστηρότητα ως προς την εφαρμογή συγκεκριμένης διάταξης της νομοθεσίας ή της προκήρυξης, κατά την αξιολόγηση των προσφορών των συμμετεχόντων φορέων. Δεν επιτρέπεται για το ίδιο πραγματικό ή νομικό ζήτημα, διαφορετική αντιμετώπιση. Όπως όμως προκύπτει από την προαναφερθείσα νομολογία προκειμένου να εφαρμοστεί η αρχή του ίσου μέτρου κρίσης, τα πραγματικά ή/ και νομικά ζητήματα που αφορούν την αξιολόγηση δύο διαφορετικών προσφορών πρέπει να είναι ακριβώς τα ίδια. Π.χ. σε περίπτωση κατά την οποία μία προσφορά απορριφθεί λόγω έλλειψης ενός τυπικού δικαιολογητικού, χωρίς να ζητηθούν πρώτα σχετικές διευκρινίσεις, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να απορρίψει και άλλη προσφορά με την οποία δεν έχει υποβληθεί το ίδιο τυπικό δικαιολογητικό, χωρίς και σε αυτή την περίπτωση να ζητήσει σχετικές διευκρινίσεις. Ή αντίστροφα, εάν η αναθέτουσα αρχή, πριν αποδεχτεί μία προσφορά, ζητήσει σχετικές διευκρινήσεις επί ενός δικαιολογητικού, οφείλει να ζητήσει τις ίδιες διευκρινίσεις επί του ίδιου

δικαιολογητικού άλλης προσφοράς, εφόσον παρουσιάζονται ανάλογα ζητήματα παραδεκτού του δικαιολογητικού αυτού. II.Εν προκειμένω η αρχή του ίσου μέτρου κρίσης δεν δύναται να τύχει εφαρμογής για το λόγο ότι το προσφερόμενο από την εταιρία μας μηχάνημα δεν διαθέτει τα ίδια ακριβώς τεχνικά χαρακτηριστικά ώστε να πρέπει για τον ίδιο ακριβώς λόγο να απορριφθεί αφού όπως προαναφέρθηκε το προσφερόμενο από την καθής μηχάνημα λειτουργεί σε συχνότητα μεταξύ 30-60kHz ενώ της εταιρίας μας σε σταθερή συχνότητα 28,5 kHz. Σύμφωνα με την νομολογία του ανωτάτου ακυρωτικού πρόκειται για διαφορετικά πραγματικά περιστατικά, ώστε δεν μπορεί να τύχει εφαρμογής η αρχή του ίσου μέτρου κρίσης. Συνεπεία των παραπάνω ο ισχυρισμός της καθής προβάλλεται άνευ εννόμου συμφέροντος μη δυνάμενη να αμφισβητήσει την νομιμότητα της συμμετοχής της εταιρίας μας στον Α/Α 9 αφού με την απόρριψη της κατέστη τρίτη. III.Εκ περισσού και προς αποφυγή δημιουργίας εντυπώσεων από την καθής, η εταιρία μας κατά απολύτως ορθό και νόμιμο τρόπο προκρίθηκε κατά το στάδιο της τεχνικής αξιολόγησης των προσφορών, διότι το προσφερόμενο μηχάνημα μας προσφέρει σταθερή εξαιρετικά χαμηλή ιδιοσυχνότητα υπερήχων 28,5kHz ως εκ τούτου βρίσκεται εντός των ζητούμενων ορίων χωρίς καμία δυνατότητα να ξεπεραστούν τα όρια προς τα κάτω ή προς τα πάνω (28kHz - 43kHz). Άλλωστε κατά την αληθινή έννοια της περί ου ο λόγος τεχνικής προδιαγραφής, δεν ζητείται να καλύπτονται όλες οι συχνότητες μεταξύ 28kHz - 43kHz, που φυσικά θα μπορούσε, αλλά να λειτουργεί το μηχάνημα σε κάποια από αυτές χωρίς να δύναται όμως να εκφύγει από αυτές. Κατά συνέπεια το προσφερόμενο από την εταιρία μας μηχάνημα ανταποκρίνεται απόλυτα στις ζητούμενες προδιαγραφές και παντελώς αβάσιμα, εσφαλμένα και σε κάθε περίπτωση χωρίς έννομο συμφέρον ζητεί η καθής την απόρριψη μας».

11. Επειδή, η προσφεύγουσα ανήρτησε στις 06.08.2020 στο ΕΣΗΔΗΣ και κοινοποίησε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου Υπόμνημα, προκειμένου να αντικρούσει τις από 16.07.2020 Απόψεις της αναθέτουσας αρχής. Στο Υπόμνημά της η προσφεύγουσα επισημαίνει τα εξής: «I. Ως προς την μη πλήρωση εκ μέρους της εταιρείας «*****» των τιθέμενων

από την Διακήρυξη Τεχνικών Χαρακτηριστικών ως προς το είδος με α/α 9 – Παραβίαση εκ μέρους του Νοσοκομείου της αρχής του ενιαίου (ίσου) μέτρου κρίσης. 1. Όπως αναλυτικά έχουμε εκθέσει στην προδικαστική προσφυγή μας, ακόμα και εάν ήθελε υποτεθεί ότι το Νοσοκομείο νομίμως απέρριψε την προσφορά της Εταιρείας μας, δεν έπραξε το ίδιο ως όφειλε, τηρώντας την αρχή του ενιαίου μέτρου κρίσης, αναφορικά με την Τεχνική Προσφορά της συμμετέχουσας εταιρείας «*****». 2. Τούτο δε διότι, αν ήθελε υποτεθεί ότι το αληθές νόημα της υπ' αριθ. 2 απαίτησης των τεχνικών προδιαγραφών για το είδος 9 ήταν η πράγματι χαμηλή ιδιοσυχνότητα υπερήχων των στυλεών από 28 έως 43kHz, τότε τόσο η Εταιρεία μας, η οποία προσέφερε συχνότητα συντονισμού από 30kHz έως 60kHz, όσο και η εταιρεία «*****», η οποία προσέφερε σταθερή ιδιοσυχνότητα υπερήχων των στυλεών 28,5 kHz, έπρεπε να αποκλεισθούν από την συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, ως μη προσφέρουσες την χαμηλότερη ζητούμενη συχνότητα των 28 kHz. 3. Πέραν τούτων, η Αναθέτουσα Αρχή αναφέρει στις Απόψεις της τα εξής: «...Πιο συγκεκριμένα στην διακήρυξη στον α/α 9 ζητήθηκε ξεκάθαρα ιδιαίτερα χαμηλή ιδιοσυχνότητα υπερήχων στυλεών από 28 kHz έως 43 kHz. Αυτό σημαίνει πως οποιαδήποτε τιμή που είναι μικρότερη των 28 kHz ή ξεπερνάει τα 43 kHz είναι εκτός των ορίων που ορίζει η προδιαγραφή της διακήρυξης. Στην προσφορά της εταιρείας ***** αναγράφεται πως η ιδιοσυχνότητα των στυλεών είναι από 30 kHz έως 60 kHz, άρα υπάρχει εύρος συχνοτήτων λειτουργίας των στυλεών εκτός προδιαγραφών που ζητήθηκαν... Στην προσφορά της εταιρείας ***** αναγράφεται πως η ιδιοσυχνότητα υπερήχων των στυλεών είναι σταθερά 28,5 kHz, τιμή εντός του ζητούμενου εύρους 28 kHz έως 43 kHz ...». 4. Ωστόσο, οι ως άνω Απόψεις τυγχάνουν απορριπτικές, όπως και η προσβαλλόμενη Απόφαση. 5. Πρώτον, το προσφερόμενο μηχάνημα της Εταιρείας μας καλύπτει την απαιτούμενη προδιαγραφή, δεδομένου ότι κείται εντός των ζητούμενων ιδιοσυχνοτήτων, ο δε χρήστης του μηχανήματος δύναται να ρυθμίσει την ιδιοσυχνότητα λειτουργίας του μηχανήματος, επιτυγχάνοντας τις ιδιαίτερα χαμηλές ιδιοσυχνότητες. 6. Δεύτερον, το προσφερόμενο από την εταιρεία «*****» και ήδη παρεμβαίνουσα, μηχάνημα δεν διαθέτει σταθερή ιδιοσυχνότητα

υπερήχων στα 28,5 kHz. Τούτο αποδεικνύεται παραχρήμα από το Εγχειρίδιο Χρήσης του προσφερόμενου από την ως άνω εταιρεία μηχανήματος υπό την εμπορική ονομασία «Stellaris» του οίκου «Bausch&Lomb». Ειδικότερα, στην σελίδα 123 του Εγχειριδίου αναφέρεται ότι το μηχάνημα διαθέτει δυνατότητα «αύξησης ισχύος υπερήχων και μείωσης ισχύος υπερήχων», ενώ στην σελίδα 156 αναφέρεται ότι «...η ισχύς υπερήχων σε παλμική λειτουργία μπορεί να ρυθμιστεί από 0% έως 10% με βήματα αύξησης του 1%, 10% έως 30% με βήματα αύξησης του 2% και 30 έως 100%, με βήματα αύξησης του 5%, με χρήση των σφαιρών ρύθμισης (πάνω/κάτω), των κουμπιών του ποδοχειριστηρίου και με βήματα αύξησης του 1% με χρήση του πληκτρολογίου» (ορ. και σελ. 158 του Εγχειριδίου). 7. Τούτο έχει ως αποτέλεσμα το αυτονόητο για τα μηχανήματα τέτοιου τύπου που κυκλοφορούν στην οικεία αγορά: Το προσφερόμενο από την παρεμβαίνουσα εταιρεία μηχάνημα διαθέτει και αυτό εύρος συχνοτήτων λειτουργίας, το οποίο προσδιορίζεται όπως περιγράφεται στο Εγχειρίδιο Χρήσης, που προσκομίστηκε ενώπιον της Αναθέτουσας Αρχής και περιγράφεται ως άνω υπό 6. Δεν υφίσταται εν προκειμένω σταθερή ιδιοσυχνότητα υπερήχων στα 28,5 kHz. Το νούμερο αυτό αντικατοπτρίζει την ονομαστική (αρχική) ιδιοσυχνότητα και όπως ανωτέρω αποδεικνύεται, διαθέτει και αυτό εύρος ιδιοσυχνοτήτων. 8. Συνεπώς, η Εταιρεία μας μη νόμιμα αποκλείστηκε από την συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, δεδομένου ότι το προσφερόμενο από αυτήν εύρος ιδιοσυχνοτήτων κείται εντός των απαιτούμενων τεχνικών προδιαγραφών, ο δε χρήστης του εν λόγω μηχανήματος δύναται να προσαρμόσει την προτιμητέα ιδιοσυχνότητα. 9. Ακόμη όμως και εάν ήθελε υποτεθεί ότι η Εταιρεία μας νομίμως αποκλείστηκε από την συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, γεγονός το οποίο προφανώς αρνούμαστε, η Αναθέτουσα Αρχή όφειλε να απορρίψει ομοίως και την τεχνική προσφορά της παρεμβαίνουσας. Πράττοντας, ωστόσο, αντίθετα, η Αναθέτουσα Αρχή παραβίασε την αρχή του ίσου (ενιαίου) μέτρου κρίσης. Προς τούτο η προσβαλλόμενη απόφαση τυγχάνει ακυρωτέα».

12. 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, το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Η ΑΕΠΠ αποφαίνεται 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, στο άρθρο 54 του Ν. 4412/2016 (Τεχνικές προδιαγραφές) προβλέπονται τα εξής: «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. Οι τεχνικές προδιαγραφές μπορούν επίσης να καθορίζουν αν απαιτείται μεταβίβαση δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας. Για όλες τις συμβάσεις που προορίζονται για χρήση από φυσικά πρόσωπα είτε πρόκειται για το ευρύ κοινό είτε για το προσωπικό της αναθέτουσας αρχής, οι τεχνικές

προδιαγραφές, καταρτίζονται με τρόπο ώστε να λαμβάνουν υπόψη κριτήρια προσβασιμότητας για άτομα με αναπηρίες ή το σχεδιασμό για όλους τους χρήστες. Αν έχουν υιοθετηθεί υποχρεωτικές απαιτήσεις προσβασιμότητας δυνάμει νομοθετικής πράξης της Ένωσης, οι τεχνικές προδιαγραφές, όσον αφορά τα κριτήρια προσβασιμότητας για άτομα με αναπηρίες ή τον σχεδιασμό για όλους τους χρήστες, καθορίζονται με παραπομπή στις εν λόγω απαιτήσεις.

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, υπό την προϋπόθεση ότι οι παράμετροι είναι επαρκώς προσδιορισμένες ώστε να επιτρέπουν στους προσφέροντες να προσδιορίζουν το αντικείμενο της σύμβασης και στις αναθέτουσες αρχές να αναθέτουν τη σύμβαση,

β) με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και, με σειρά προτεραιότητας, σε εθνικά πρότυπα που αποτελούν μεταφορά ευρωπαϊκών πρότυπων, 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». 5. Όταν η αναθέτουσα αρχή χρησιμοποιεί τη δυνατότητα παραπομπής στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' της παρ. 3, δεν απορρίπτει προσφορά με την αιτιολογία ότι τα προσφερόμενα έργα, αγαθά ή οι υπηρεσίες δεν πληρούν τις τεχνικές προδιαγραφές στις οποίες έχει παραπέμψει, εφόσον ο προσφέρων αποδεικνύει στην προσφορά του, με κάθε ενδεδεδειγμένο μέσο, συμπεριλαμβανομένων των αποδεικτικών μέσων που αναφέρονται στο άρθρο 56, ότι οι λύσεις που προτείνει πληρούν κατά ισοδύναμο τρόπο τις απαιτήσεις που καθορίζονται από τις τεχνικές προδιαγραφές. 6. Όταν η αναθέτουσα αρχή χρησιμοποιεί τη δυνατότητα που αναφέρεται στην περίπτωση α' της παρ. 3 για τη διατύπωση των τεχνικών προδιαγραφών με αναφορά στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις, δεν απορρίπτει προσφορά έργων, αγαθών ή υπηρεσιών που πληρούν ένα εθνικό πρότυπο το οποίο αποτελεί μεταφορά ευρωπαϊκού προτύπου, μία ευρωπαϊκή τεχνική έγκριση, μία κοινή τεχνική προδιαγραφή, ένα διεθνές πρότυπο ή ένα τεχνικό πλαίσιο αναφοράς που έχει εκπονηθεί από έναν ευρωπαϊκό οργανισμό τυποποίησης, εφόσον οι εν λόγω προδιαγραφές καλύπτουν τις επιδόσεις ή τις λειτουργικές απαιτήσεις που ορίζει. Ο προσφέρων αποδεικνύει στην προσφορά του, με κάθε ενδεδεδειγμένο μέσο, συμπεριλαμβανομένων και εκείνων που αναφέρονται στο άρθρο 56, ότι το έργο, η αγαθό ή η υπηρεσία που πληροί το πρότυπο ανταποκρίνεται στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις τις οποίες έχει ορίσει η αναθέτουσα αρχή. 7. Οι τεχνικές προδιαγραφές καθορίζονται και εγκρίνονται πριν την έναρξη της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης κατά το άρθρο 61. 8. Ειδικά για τις συμβάσεις έργων, με απόφαση του Υπουργού

Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων μπορούν να εγκρίνονται προδιαγραφές και κανονισμοί που αναφέρονται στον τρόπο κατασκευής των έργων και στην ποιότητα, στον τρόπο σύνθεσης και επεξεργασίας, στη χρήση και στον έλεγχο των υλικών κατασκευής των έργων. Με την απόφαση αυτή μπορεί να ορίζεται αν οι θεσπιζόμενες προδιαγραφές είναι υποχρεωτικές σε κάθε περίπτωση ή ισχύουν προαιρετικά ή ισχύουν ως ελάχιστα όρια. 9. Ειδικά για τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και παροχής γενικών υπηρεσιών, κατά την κατάρτιση των τεχνικών προδιαγραφών οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν υπόψη τις ενιαίες προδιαγραφές που εκπονούνται από τις ΕΚΑΑ των περιπτώσεων β' και γ' της παραγράφου 1 του άρθρου 41 και αναρτώνται στο ΕΣΗΔΗΣ. Στις περιπτώσεις διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης η οποία διενεργείται από ΚΑΑ, οι τεχνικές προδιαγραφές καθορίζονται είτε από την αναθέτουσα αρχή είτε από την ΚΑΑ. Αν έχουν καθοριστεί από την αναθέτουσα αρχή, ελέγχονται, τροποποιούνται, όπου απαιτείται, και εγκρίνονται από την ΚΑΑ».

14. Επειδή, σύμφωνα με τα άρθρα 365 παρ. 1 του Ν.4412/2016 και 9 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την Προδικαστική Προσφυγή πράξης.

15. Επειδή, η αρχή της διαφάνειας, προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στη Διακήρυξη του Διαγωνισμού ή στη Συγγραφή Υποχρεώσεων, κατά τρόπο 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 έλεγχος του εάν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (ΔΕΕ C-496/1999, CAS Succhi di Frutta SpA, σκέψη 111 κλπ).

16. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ

Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε 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. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C-19/00 Siac Construction Ltd, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54 κλπ).

17. Επειδή, με βάση την αρχή της τυπικότητας των δημόσιων διαγωνισμών, μόνο όταν έχει τεθεί όρος στη Διακήρυξη επί ποινή αποκλεισμού - είτε ουσιαστικός, είτε τυπικός - κάθε διαγωνιζόμενος έχει δικαίωμα να επικαλεσθεί παράβασή του και να επιδιώξει τον αποκλεισμό των άλλων διαγωνιζομένων, προς διασφάλιση της αρχής της διαφάνειας, του ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων (ΣτΕ 194/2011).

18. Επειδή, οι τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης συνιστούν ουσιώδεις και απαράβατους όρους και μάλιστα επί ποινή αποκλεισμού, καθιστώντας απορριπτέα κάθε αποκλίνουσα προσφορά, κατά πάγια νομολογία των Δικαστηρίων (ΣτΕ ΕΑ 409/2009, ΔΕφΑθ Αναστ. 350/2013, 545/2014, 446/2015).

19. Επειδή, με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση Προσφυγής προβάλλεται ότι η προσφορά της προσφεύγουσας για το είδος με α/α 9 δεν έπρεπε να έχει απορριφθεί, καθώς οι τεχνικές προδιαγραφές του προσφερόμενου από εκείνη είδους βρίσκονται εντός των επιθυμητών ορίων της Διακήρυξης. Στο Παράρτημα Ι της Διακήρυξης (Περιγραφή είδους, τεχνικές προδιαγραφές, ποσότητες και τιμές – γενικοί όροι) προβλέπεται αναφορικά με το είδος με α/α 9 - μεταξύ άλλων – ότι θα πρέπει «να έχει εξαιρετικά χαμηλή ιδιοσυχνότητα υπερήχων των στυλεών από 28 έως 43 ΚΗz» (προδιαγραφή υπ’

αριθμ. 2). Η προσφεύγουσα προσέφερε το μηχάνημα CENTURION, το οποίο διαθέτει συχνότητα συντονισμού από 30 KHz έως 60 KHz. Λαμβάνοντας υπόψη αφενός την επισήμανση της Διακήρυξης σχετικά με την απαιτούμενη «*εξαιρετικά χαμηλή ιδιοσυχνότητα υπερήχων*» και αφετέρου την οριοθέτηση της εν λόγω συχνότητας μεταξύ 28 και 43 KHz, προκύπτει αναμφίβολα ότι η συχνότητα του προσφερόμενου από την προσφεύγουσα μηχανήματος δεν κείται εντός των επί ποινή αποκλεισμού τεθέντων ορίων, αλλά τα υπερβαίνει, με αποτέλεσμα να μην αποδεικνύεται η πλήρωση της εν λόγω προδιαγραφής. Θα πρέπει να σημειωθεί ότι από τη γραμματική διατύπωση της Διακήρυξης δεν προκύπτει απαίτηση για κάλυψη ολόκληρου του εύρους της συχνότητας των υπερήχων. Αντίθετα, λαμβάνοντας υπόψη ότι όλες ανεξαιρέτως οι τεθείσες τεχνικές προδιαγραφές αποτελούν απαραίτους όρους της Διακήρυξης, διαπιστώνεται ότι τα προσφερόμενα μηχανήματα έπρεπε να καλύπτουν συχνότητα μεγαλύτερη ή ίση των 28 KHz και μικρότερη των 43 KHz. Κατόπιν των ανωτέρω διαπιστώνεται ότι ορθώς η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας λόγω μη πλήρωσης της συγκεκριμένης προδιαγραφής.

20. Επειδή, όσον αφορά την επικαλούμενη από την προσφεύγουσα παραβίαση του ενιαίου μέτρου κρίσης λόγω της αποδοχής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, θα πρέπει να σημειωθεί ότι, σύμφωνα με τα ανωτέρω αναφερόμενα, το μηχάνημα το οποίο καλύπτει σταθερά συχνότητα 28,5 KHz, κείται εντός των ορίων της Διακήρυξης και, κατά συνέπεια, ορθώς κρίθηκε αποδεκτό. Συνακόλουθα, αβάσιμα προβάλλεται από την προσφεύγουσα τόσο ότι το προσφερόμενο από την παρεμβαίνουσα μηχάνημα έπρεπε να καλύπτει υποχρεωτικά συχνότητα 28 KHz, όσο και ότι η αναθέτουσα αρχή παραβίασε το ενιαίο μέτρο κρίσης αποδεχόμενο την προσφορά της παρεμβαίνουσας. Η πλημμέλεια της προσφοράς της προσφεύγουσας συνίσταται όχι στην μη κάλυψη της συχνότητας 28 KHz, καθώς η προσφερόμενη συχνότητα 30 KHz σε κάθε περίπτωση είναι εντός ορίων, αλλά στην υπέρβαση των 43 KHz. Τέλος, θα πρέπει να σημειωθεί ότι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί μη διατήρησης σταθερής ιδιοσυχνότητας υπερήχων 28,5 KHz από το μηχάνημα

της παρεμβαίνουσας προβάλλονται το πρώτον με το Υπόμνημα και, κατά συνέπεια, θα πρέπει να απορριφθούν ως απαράδεκτοι.

21. Επειδή, η προσφεύγουσα προβάλλει περαιτέρω ότι η προσφορά της δεν έπρεπε να έχει απορριφθεί λόγω παράλειψης υποβολής προσπέκτους ή άλλου επισήμου εγγράφου για την κασέτα φακοθρυψίας καθώς και λόγω μη αναγραφής συγκεκριμένου κωδικού προϊόντος, επισημαίνονται τα εξής: Η Διακήρυξη στο άρθρο 2.4.3.2 ζητούσε την κατάθεση υλικού τεκμηρίωσης σχετικά με την πλήρωση των τεχνικών προδιαγραφών, ήτοι την κατάθεση Πίνακα συμμόρφωσης με παραπομπές σε σχετικά έγγραφα τεκμηρίωσης. Στην υποσημείωση 136 της Διακήρυξης αναφέρεται συγκεκριμένα ότι τα δικαιολογητικά αυτά *«περιλαμβάνουν τα αποδεικτικά στοιχεία που τεκμηριώνουν την τεχνική καταλληλότητα των προσφερομένων ειδών βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η τεχνική προσφορά. Αναφέρονται υποχρεωτικά τα αποδεικτικά στοιχεία που τυχόν προβλέπονται στις τεχνικές προδιαγραφές του προς προμήθεια αγαθού, σύμφωνα με Παράρτημα της Διακήρυξης και τυχόν υπόδειγμα τεχνικής προσφοράς»*. Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα, για την κασέτα φακοθρυψίας, στο Φύλλο συμμόρφωσης παρέπεμψε μόνο στο δείγμα. Όπως βάσιμα προβάλλει η παρεμβαίνουσα, το δείγμα δεν μπορεί να υποκαταστήσει τα τεχνικά φυλλάδια πλήρωσης των προδιαγραφών. Συνακόλουθα, δεν απέδειξε την πλήρωση των τεχνικών προδιαγραφών του συγκεκριμένου είδους και ορθώς η προσφορά της απορρίφθηκε από την αναθέτουσα αρχή.

22. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να γίνει δεκτή η ασκηθείσα Παρέμβαση.

23. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο με κωδικό ***** που κατέθεσε η προσφεύγουσα, ποσού 600,00€ (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την Παρέμβαση.

Αριθμός απόφασης: 1021 / 2020

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου, ποσού 600,00€.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 13.08.2020 και εκδόθηκε στις 02.09.2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Σιδέρη Μαρία-Ελένη

Τσουλούφα Αργυρώ