

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 5 Ιουλίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη Πρόεδρος (δυνάμει της υπ' αριθμ 72/2021 Πράξης του Προέδρου ΑΕΠΠ), Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή Μέλη.

Για να εξετάσει την από 27.05.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1098/28.05.2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στην ..., οδός ... αριθμ... και ... αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του Γενικού Νοσοκομείου «...-...» (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. 155/12.05.2021 (Θέμα 3^ο) Απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου περί έγκρισης των από 11.02.2021, 27.04.2021 και 10.05.2021 Πρακτικών της Επιτροπής Διαγωνισμού αναφορικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και προσφορών οικονομικών προσφορών και ανακήρυξης προσωρινών αναδόχων (εφεξής η «προσβαλλόμενη»)

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκέλος που κρίθηκαν αποδεκτές οι προσφορές των οικονομικών φορέων «...», «...» και «...» για το είδος με α/α 34 της διακήρυξης και «...» για το είδος με α/α 72 της διακήρυξης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

Αριθμός απόφασης: 1211/2021

1. Επειδή για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 27.05.2021 πληρωμή στην EUROBANK και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) το οποίο υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της εκτιμώμενης αξίας των ειδών με α/α 34 (9.100€) και 72 (588,60€) της σύμβασης για τα οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 9.688,60€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή, με τη με αριθμ. πρωτ. 21046/19.10.2020 διακήρυξη η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ανοιχτό δημόσιο ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την προμήθεια καθετήρων και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, προϋπολογισθείσας συνολικά δαπάνης 151.783,45 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Ο διαγωνισμός υποδιαιρείται σε 82 είδη, οι δε προσφορές δύναται να υποβληθούν για ένα ή περισσότερα ή όλα τα είδη και για το σύνολο των ποσοτήτων κάθε είδους.

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ την 23.10.2021 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ...

4. Επειδή ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή, ως εκ του αντικειμένου της, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 27.05.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους προσφέροντες, μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού

Αριθμός απόφασης: 1211/2021

τόπου του διαγωνισμού, την 19.05.2021 β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4 και την παρ. 2 του άρθ. 8 του Π.Δ. 39/2017.

6. Επειδή την 28.05.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη, από το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017, κοινοποίηση της υπό κρίση προσφυγής σε όλους τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

7. Επειδή με την υπ' αριθμ. 1385/2021 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

8. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ την 7.06.2021 μέσω της επικοινωνίας του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού τις απόψεις της επί της προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα αυθημερόν.

9. Επειδή ο προσφεύγων στις 14.06.2021 κατέθεσε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής. Το ως άνω υπόμνημα κατατέθηκε εμπροθέσμως σύμφωνα με το τελευταίο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, όπως αυτό προστέθηκε με το ν. 4605/2019 (ΦΕΚ 52/Α/1-4-2019), δοθέντος ότι η συζήτηση για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής ορίσθηκε στις 5.07.2021 και, ως εκ τούτου, λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο.

10. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

11. Επειδή στον υπό κρίση διαγωνισμό συμμετείχαν αφενός μεν για το είδος με α/α 34 τέσσερις οικονομικοί φορείς, ήτοι ο προσφεύγων και οι

Αριθμός απόφασης: 1211/2021

διαγωνιζόμενοι «...», «...» και «...» αφετέρου για το είδος με α/α 72 ο προσφεύγων και ο οικονομικός φορέας «...». Με την προσβαλλόμενη απόφαση κίθηκαν αποδεκτά τα δικαιολογητικά συμμετοχής και οι τεχνικές προσφορές των εν λόγω διαγωνιζομένων και ανακηρύχθηκαν προσωρινοί ανάδοχοι για το είδος με α/α 34 ο οικονομικός φορέας ««...» και για το είδος με α/α 72 ο οικονομικός φορέας «...».

12. Επειδή ο προσφεύγων, ως προσφέρων του εν θέματι διαγωνισμού του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή και κατατάχθηκε τέταρτος σε σειρά μειοδοσίας για το είδος με α/α 34 (μετά τους οικονομικούς φορείς «...», «...» και «...» που κατατάχθηκαν πρώτος, δεύτερος και τρίτος σε σειρά μειοδοσίας αντιστοίχως) και δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας για το είδος με α/α 72 θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης ως βλαπτόμενος, ως προς το μέρος που αφορά στην αποδοχή των προσφορών των οικονομικών φορέων «...», «...» «...» για το είδος με α/α 34 και «...» για το είδος με α/α 72, ερειδόμενο στη ζημία του από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη των προσφορών τους (βλ. ΕΑ ΣτΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣτΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η σύμβαση για τα συγκεκριμένα είδη.

13. Επειδή ο προσφεύγων ισχυρίζεται τα ακόλουθα : *«[...] (α) Το προσφερόμενο από την εταιρεία «...» υλικό : (α1) έχει εύρος 7fr και, κατά συνέπεια δεν πληροί την σαφή τεχνική προδιαγραφή της διακήρυξης, που απαιτεί αυτό να είναι 7,5 Fr. και (α2) δεν διαθέτει έναν αυλό 14G για μεγάλους όγκους χορηγήσεων, όπως ρητά ζητείται από την διακήρυξη.*
(β) Το προσφερόμενο από την εταιρεία «...» υλικό έχει εύρος 7 Fr και 8,5Fr και, κατά συνέπεια δεν πληροί την σαφή τεχνική προδιαγραφή της διακήρυξης, που απαιτεί αυτό να είναι 7,5 Fr. Επίσης, ενώ ζητείται το υλικό να έχει μήκος 20cm προσφέρονται εναλλακτικά καθετήρες μήκους 16cm και 20cm με και χωρίς «Υ».

Αριθμός απόφασης: 1211/2021

(γ) Το προσφερόμενο από την εταιρεία «...» υλικό : (α1) έχει εύρος 7Fr και, κατά συνέπεια δεν πληροί την σαφή τεχνική προδιαγραφή της διακήρυξης, που απαιτεί αυτό να είναι 7,5Fr και (α2) δεν διαθέτει έναν αυλό 14G για μεγάλους όγκους χορηγήσεων, όπως ρητά ζητείται από την διακήρυξη.

2^ο) Η παρούσα αφορά, επίσης, στο είδος υε α/α 72 της διακήρυξης «καθετήρες τροκάρ θώρακος Νο 10».

Σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης το εν λόγω είδος απαιτείται «... να διατίθεται στα παρακάτω μεγέθη : α/ 10Fr μήκους 8cm για νεογνά - πρόωρα

Με την προσβαλλόμενη με την παρούσα υπ' αριθ. 155/10/12-5-2021 απόφαση του Δ.Σ. του Γ.Ν. «...-...» περί αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών, που ενέκρινε το από 27-4-2021 πρακτικό αξιολόγησης τεχνικών προσφορών, κρίθηκε εντός τεχνικής αξιολόγησης το προσφερόμενο από την εταιρεία «...» υλικό για το είδος με α/α 72 της διακήρυξης. Η εν λόγω κρίση είναι παντελώς εσφαλμένη, διότι το προσφερόμενο από την εταιρεία «...» υλικό έχει μήκος 45cm και, κατά συνέπεια δεν πληροί την σαφή τεχνική προδιαγραφή της διακήρυξης, που απαιτεί αυτό να είναι μήκους 8cm για νεογνά - πρόωρα».

14. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της ισχυρίζεται ότι : «[...] Κατά το σκέλος που τέθηκε εντός προδιαγραφών η προσφορά της εταιρείας ...

Το προσφερόμενο εύρος 7fr καλύπτει τις απαιτήσεις των τεχνικών προδιαγραφών αφού η απόκλιση από το ζητούμενο 7,5 fr δεν υπερβαίνει το 10% και α2) η επιτροπή διενέργειας αφού επανέλαβε την αξιολόγηση, διαπίστωσε ότι το προσφερόμενο είδος της εταιρείας ... σύμφωνα και με την τεχνική προσφορά της, δεν διαθέτει έναν αυλό 14G για μεγάλους όγκους χορηγήσεων, όπως απαιτείται από την διακήρυξη.

β) Κατά το σκέλος που τέθηκε εντός προδιαγραφών η προσφορά της εταιρείας ..., το προσφερόμενο εύρος 7fr καλύπτει τις απαιτήσεις των τεχνικών

Αριθμός απόφασης: 1211/2021

προδιαγραφών αφού η απόκλιση από το ζητούμενο 7,5fr δεν υπερβαίνει το 10% και η εταιρεία, διαθέτει και το μήκος 20 cm, που ζητείται από την διακήρυξη

γ) Κατά το σκέλος που τέθηκε εντός προδιαγραφών η προσφορά της εταιρείας ...:

Το προσφερόμενο εύρος 7fr καλύπτει τις απαιτήσεις των τεχνικών προδιαγραφών αφού η απόκλιση από το ζητούμενο 7,5 fr δεν υπερβαίνει το 10% και) η επιτροπή διενέργειας αφού επανέλαβε την αξιολόγηση, διαπίστωσε ότι το προσφερόμενο είδος της εταιρείας ..., σύμφωνα και με την τεχνική προσφορά της, δεν αναφέρει ότι διαθέτει έναν αυλό 14G για μεγάλους όγκους χορηγήσεων, όπως απαιτείται από την διακήρυξη.

Για το είδος με α/α δ/ξης 72 ΚΑΘΕΤΗΡΕΣ ... ΘΩΡΑΚΟΣ Νο 10,[...]

Κατά το σκέλος που τέθηκε εντός προδιαγραφών η προσφορά της εταιρείας ..., η επιτροπή διενέργειας αφού επανέλαβε την αξιολόγηση, διαπίστωσε ότι το προσφερόμενο είδος, σύμφωνα και με την τεχνική προσφορά της, δεν διαθέτει μήκος 8cm, όπως απαιτείται από την διακήρυξη.

Εν κατακλείδι : Το προσφερόμενο είδος από την εταιρεία ... ως προς το εύρος καλύπτει τις τεχνικές προδιαγραφές, δεν διαθέτει όμως αυλό 14G

Το προσφερόμενο είδος από την εταιρεία ... καλύπτει τις προδιαγραφές της διακήρυξης.

Το προσφερόμενο είδος από την εταιρεία ... ως προς το εύρος καλύπτει τις τεχνικές προδιαγραφές, δεν αναφέρει ότι διαθέτει όμως αυλό 14

Το προσφερόμενο είδος από την εταιρεία ... δεν καλύπτει τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης».

15. Επειδή ο προσφεύγων προβάλλει στο υπόμνημά του τα ακόλουθα « Με τις απόψεις αυτές το νοσοκομείο ΣΥΝΟΜΟΛΟΓΕΙ ότι έσφαλε στην αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών και ότι πράγματι, όπως επικαλούμαστε βάσιμα στην υπ' αριθ. ΓΑΚ-ΑΕΠΠ 1098/28-5-2021 προδικαστική προσφυγή μας, τα προσφερόμενα υλικά από τις εταιρείες ... και ...για το με α/α 34 είδος της διακήρυξης και από την εταιρεία Μέντισαπ για το α/α 72 είδος της

Αριθμός απόφασης: 1211/2021

διακήρυξης δεν καλύπτουν τις τεχνικές προδιαγραφές, που έχουν τεθεί από την σχετική διακήρυξη.

Δυστυχώς, όμως, το νοσοκομείο με τις απόψεις του εμμένει να θεωρεί ότι το προσφερόμενο υλικό από την εταιρεία ... για το με α/α 34 είδος της διακήρυξης είναι εντός τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης, γιατί το εύρος του προσφερόμενου είδους (7 Fr) έχει απόκλιση από το ζητούμενο (με τις τεχνικές προδιαγραφές) εύρος (7,5 Fr), που ... δεν υπερβαίνει το 10% (!!!).

Το νοσοκομείο ΣΥΝΟΜΟΛΟΓΕΙ ότι το προσφερόμενο υλικό από την εταιρεία ... δεν καλύπτει ουσιώδη τεχνική προδιαγραφή, όμως θεωρεί ότι η απόκλιση από την ζητούμενη τεχνική προδιαγραφή δεν είναι ουσιώδης, γιατί (η απόκλιση) δεν υπερβαίνει το 10% (!!!).

Η κρίση του νοσοκομείου ότι, όταν η απόκλιση είναι μικρότερη του 10% δεν είναι ουσιώδης, είναι παντελώς αυθαίρετη και δεν βασίζεται σε κάποια παραδοχή της ιατρικής επιστήμης. Από πού, αλήθεια, προκύπτει το αποδεκτό ή μη του ποσοστού απόκλισης για το συγκεκριμένο είδος ; Εάν πράγματι ήταν βάσιμος ο ισχυρισμός του νοσοκομείου, το αποδεκτό, κατά το νοσοκομείο, ποσοστό απόκλισης (έως 10%) θα έπρεπε περιέχονταν στις αιτούμενες από την διακήρυξη τεχνικές προδιαγραφές. Γιατί να υπάρχουν και να ζητούνται με την εκάστοτε διακήρυξη κεντρικοί φλεβικοί καθετήρες με εύρος 4,5 fr ή 5,0 fr ή 5,5 fr ; Γιατί να υπάρχουν και να ζητούνται με την εκάστοτε διακήρυξη κεντρικοί φλεβικοί καθετήρες με εύρος 7,0 fr ή 7,5 fr ή 8,0 fr ή 8,5 fr ή 9,0 fr ;

Περαιτέρω, οι τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης έχουν διαβουλευτεί δύο (2) φορές από την ..., με εκτενή σχόλια και λεπτομερείς προτάσεις των ενδιαφερομένων. Από κανέναν και σε κανένα σημείο της διαβούλευσης δεν τέθηκε θέμα «αποδεκτού ποσοστού απόκλισης» από τις ζητούμενες τεχνικές προδιαγραφές. Αντιθέτως, στην διακήρυξη αναφέρεται ότι «...η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές, που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή...».

Τέλος, το νοσοκομείο με τις απόψεις του ουδέν αναφέρει σε σχέση με τον λόγο της προδικαστικής μας προσφυγής, σε σχέση το προσφερόμενο υλικό από την

Αριθμός απόφασης: 1211/2021

εταιρεία ... για το με α/α 34 είδος της διακήρυξης «Επίσης, ενώ ζητείται το υλικό να έχει μήκος 20cm, προσφέρονται εναλλακτικά καθετήρες μήκους 16cm και 20cm, με και χωρίς «Υ» (οι άλλοι επτά -7- εργοστασιακοί κωδικοί της εταιρείας ...))».

16. Επειδή το άρθρο 18 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «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[...]».

17. Επειδή, το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης ...περιέχουν ιδίως :[...] ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης, [...] ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς [...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.)[...]».

18. Επειδή το άρθρο 54 του ν. 4412/2016 ορίζει 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

Αριθμός απόφασης: 1211/2021

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.[...]

19. Επειδή το άρθρο 91 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « 1. 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.[...]

20. Επειδή το άρθρο 94 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. 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[...]

21. Επειδή στους όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι : « [...] 2.4.2.3. Οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν με την προσφορά τους τα ακόλουθα: (α) έναν (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής –Τεχνική Προσφορά» στον οποίο περιλαμβάνονται τα κατά περίπτωση

Αριθμός απόφασης: 1211/2021

απαιτούμενα δικαιολογητικά και η τεχνική προσφορά σύμφωνα με τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας και την παρούσα [...]

2.4.3.2 Τεχνική προσφορά

Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο “Απαιτήσεις-Τεχνικές Προδιαγραφές” του Παραρτήματος II & IV της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα.

Απαραίτητο στοιχείο της τεχνικής προσφοράς θα είναι το «φύλλο συμμόρφωσης – τεκμηρίωσης» της ηλεκτρονικής πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ , ψηφιακά υπογεγραμμένο από τον προσφέροντα, στο οποίο θα απαντώνται μία προς μία και με την ίδια σειρά όλες οι προδιαγραφές του Παραρτήματος II της παρούσης. Προσφορές οι οποίες θα απαντούν μονολεκτικά, χωρίς τεκμηρίωση και παραμπομπές θα απορρίπτονται [...]

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 εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς),[...] 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 την συμπλήρωσή της σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσης διακήρυξης,[...] θ) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά

Αριθμός απόφασης: 1211/2021

που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης.[...]

ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙ – ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ

Α/Α	ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΕΙΔΟΥΣ	ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΗ
34	ΚΑΘΕΤΗΡΕΣ ΚΕΝΤΡΙΚΩΝ ΦΛΕΒΩΝ ΤΡΙΠΛΟΥ ΑΥΛΟΥ ΥΠΟΚΛΕΙΔΙΟΥ ΑΝΤΙΜΙΚΡΟΒΙΑΚΟΣ 20 CM	
72	ΚΑΘΕΤΗΡΕΣ ... ΘΩΡΑΚΟΣ Νο 10	

[...]»

22. 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 (Ολ ΣΤΕ 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). Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και

Αριθμός απόφασης: 1211/2021

είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

23. Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 25 και απόφαση *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 27). Περαιτέρω επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction Ltd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

24. Επειδή η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, ΣΤΕ 111/2006, 597/2007 κ. ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β΄ Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 195 επ.). Σύμφωνα, δε, με την εν λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

25. Επειδή, εξάλλου, σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «*με ποινή αποκλεισμού...*», «*με ποινή απαραδέκτου....*», «*οι συμμετέχοντες πρέπει...*» ή άλλους παρόμοιους, είναι

Αριθμός απόφασης: 1211/2021

προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της (βλ. Γνμδ ΝΣΚ 70/2002).

26. Επειδή, με βάση τους όρους της διακήρυξης, όπου η πλήρωση των όρων της διακήρυξης επισημαίνεται ως απαίτηση, καθίσταται σαφές ότι οι τεχνικές προδιαγραφές συνιστούν απαραίτους όρους της διακήρυξης (βλ. για τη δεσμευτικότητα των τεχνικών προδιαγραφών απόφαση ΔΕΕ της 5ης Δεκεμβρίου 2013, C-561/12 *Nordecon AS, Ramboll Eesti AS κατά Rahandusministeerium*).

27. Επειδή οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (βλ. ΣΤΕ 743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (βλ. ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction Ltd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

28. Επειδή στον όρο 2.4.3.2 της διακήρυξης προβλέπεται ότι η τεχνική προσφορά πρέπει να περιλαμβάνει όλα τα έγγραφα με τα οποία αποδεικνύεται η πλήρωση των τεχνικών προδιαγραφών του Παραρτήματος II της διακήρυξης. Στο δε Παράρτημα II της διακήρυξης τίθενται ως τεχνικές προδιαγραφές για το είδος καθετήρα με α/α 34 να διαθέτει εύρος 7,5Fr, μήκος 16 και 20 cm και έναν αυλό οπωσδήποτε 14G για μεγάλους όγκους. Ουδόλως δε προβλέπεται στη διακήρυξη οιαδήποτε δυνατότητα απόκλισης από τις τεχνικές προδιαγραφές. Επομένως, σύμφωνα και με τον όρο 2.4.6 της διακήρυξης, συντρέχει λόγος αποκλεισμού της προσφοράς εφόσον δεν αποδεικνύεται ότι το προσφερόμενο είδος καθετήρα διαθέτει τις εν λόγω επίμαχες προδιαγραφές.

Αριθμός απόφασης: 1211/2021

29. Επειδή, όπως προκύπτει από τα υποβληθέντα με τις προσφορές των οικονομικών φορέων «...», «...» και «...» τεχνικά φυλλάδια, τα προσφερόμενα από αυτούς είδη καθετήρων για το είδος με α/α 34 δεν πληρούν την απαίτηση περί εύρους 7,5Fr γεγονός το οποίο συνομολογεί και η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της. Ωστόσο, αβασίμως η αναθέτουσα αρχή προβάλλει ότι η απόκλιση των προσφερόμενων από τους εν λόγω διαγωνιζόμενους ειδών από τη ζητούμενη προδιαγραφή ως προς το είδος με α/α 34 δεν υπερβαίνει το 10%, καθώς η αναθέτουσα αρχή δεσμεύεται από τον όρο της διακήρυξης περί εύρους 7,5Fr και υποχρεούται να τον εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις. Πέραν των ανωτέρω, από τα τεχνικά φυλλάδια των συμμετεχόντων «...» και «...» προκύπτει ότι τα προσφερόμενα από αυτούς είδη δεν καλύπτουν ούτε την τεχνική προδιαγραφή οι καθετήρες να διαθέτουν έναν αυλό 14G, ως άλλωστε παραδέχεται και η αναθέτουσα αρχή, ενώ ο προσφερόμενος από τον οικονομικό φορέα «...» καθετήρας διατίθεται και σε μήκος 20 cm. Συνεπώς, βάσει των εκτεθέντων υπό σκέψεις 22-27, η αναθέτουσα αρχή όφειλε κατά δεσμία αρμοδιότητα να απορρίψει τις προσφορές των οικονομικών φορέων «...», «...» και «...» για το είδος με α/α 34 λόγω μη πλήρωσης απαιτούμενων τεχνικών προδιαγραφών και ο σχετικός λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

30. Επειδή, περαιτέρω, για το είδος καθετήρα με α/α 72 σύμφωνα με το Παράρτημα II της διακήρυξης απαιτείται να διατίθεται, μεταξύ άλλων, σε μέγεθος μήκους 8 cm για νεογνά-πρώρα και άρα, βάσει των εκτεθέντων υπό σκέψη 28, απορρίπτεται προσφορά για το εν λόγω είδος που δεν καλύπτει την επίμαχη προδιαγραφή.

31. Επειδή, όπως προκύπτει από το υποβληθέν με την προσφορά του οικονομικού φορέα «...» τεχνικό φυλλάδιο, ο προσφερόμενος καθετήρας δεν διατίθεται σε μέγεθος μήκους 8 cm, το οποίο συνομολογεί και η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της. Επομένως, βάσει των εκτεθέντων υπό σκέψεις 22-27, η αναθέτουσα αρχή όφειλε κατά δεσμία αρμοδιότητα να απορρίψει την προσφορά του διαγωνιζόμενου «...» για το είδος με α/α 72 λόγω μη

Αριθμός απόφασης: 1211/2021

πλήρωσης απαιτούμενης τεχνικής προδιαγραφής και ο σχετικός λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

32. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

33. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

34. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 155/12.05.2021 (Θέμα 3^ο) απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στον προσφεύγοντα ποσού 600 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 5 Ιουλίου 2021 και εκδόθηκε την 12 Ιουλίου 2021 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ