

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 18.10.2019, με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη, δυνάμει της υπ' αριθ. 9/16.10.2019 Απόφασης της Ολομέλειας της Α.Ε.Π.Π. περί συγκρότησης εκ νέου του 2^{ου} Κλιμακίου και 81/16.10.2019 Πράξης του Προέδρου ΑΕΠΠ, περί ορισμού νέων Προέδρων 2^{ου} και 6^{ου} Κλιμακίων ΑΕΠΠ.

Για να εξετάσει την από 20.09.2019 (ημερομηνία κατάθεσης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1154/20.09.2019 της εταιρείας με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στους, οδός, αρ., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Κατά του, που εδρεύει στην,, όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της υπ' αριθ. 20/10.09.2019 απόφασης της Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του (ΘΕΜΑ ΕΗΔ 5) (εφεξής «η προσβαλλόμενη»), με την οποία εγκρίθηκε το υπ' αριθ.14921/28.082019 Πρακτικό της επιτροπής διενέργειας και αξιολόγησης αναφορικά με την υπ' αριθ. διακήρυξη για την «Προμήθεια ιατροτεχνολογικού Εξοπλισμού για την κάλυψη των αναγκών της, κατά το μέρος που με αυτήν απορρίφθηκε η προσφορά της ως μη πληρούσα τους όρους της διακήρυξης, καθώς και να γίνει δεκτή αυτή ως μοναδική προσφέρουσα και να συνεχιστεί η διαγωνιστική διαδικασία ως προς το είδος αυτό για τους αναφερόμενους στην υπό εξέταση Προσφυγή της λόγους.

Αριθμός απόφασης: 1238 / 2019

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή, Κωνσταντίνο Κορομπέλη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,

σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α΄ 147) και άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α΄ 64), ποσού 600,00€ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 297424877959 1118 0046).

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. 5/.2019 διακήρυξη του προκηρύχθηκε η διενέργεια ανοικτού, ηλεκτρονικού, δημόσιου διαγωνισμού, για την ανάθεση σύναψης σύμβασης, με αντικείμενο την «Προμήθεια ιατροτεχνολογικού Εξοπλισμού για την κάλυψη των αναγκών της», προϋπολογισμού 117.741,90 € μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής (συμπερότερη προσφορά), η οποία καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 16.04.2019 με ΑΔΑΜ καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α..... Ειδικότερα και σύμφωνα με το άρθρο 1.3 «*Συνοπτική Περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης*» της διακήρυξης ορίζεται ότι «(α)*ντικείμενο της σύμβασης είναι η προμήθεια Ιατροτεχνολογικού Εξοπλισμού για τις ανάγκες του (Ν. Μ.).* Τα προς προμήθεια είδη κατατάσσονται στους ακόλουθους κωδικούς του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV):,). Η παρούσα σύμβαση υποδιαιρείται στα κάτωθι τμήματα: ΤΜΗΜΑ 1: «*Προμήθεια ενός (1) Λαπαροσκοπικού συγκροτήματος HD (Γενικής Χειρουργικής Χρήσης)*», εκτιμώμενης αξίας 66.000,00€ συμπ/νου ΦΠΑ 24%. CPV:, ΤΜΗΜΑ 2: «*Προμήθεια δύο (2) Πλήρη Αναισθησιολογικά Συγκροτήματα*», εκτιμώμενης αξίας 80.000,00€ συμπ/νου ΦΠΑ 24%. CPV:

Αριθμός απόφασης: 1238 / 2019

..... Προσφορές μπορούν να υποβληθούν για το σύνολο της ανωτέρω προμήθειας, για κάθε τμήμα ξεχωριστά, ή για περισσότερα τμήματα [...]».

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του ανωτέρω αντικειμένου του (προμήθεια), της ανωτέρω προϋπολογισθείσας δαπάνης του (άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016) και του χρόνου δημοσίευσης (16.04.2019) της Προκήρυξης στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. (άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 του Ν. 4412/2016), εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ενώ έχει γίνει χρήση και του τυποποιημένου εντύπου (άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017). Περαιτέρω, η υπό εξέταση Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με την παρ. 1 (α) του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 (α) του Π.Δ. 39/2017, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε μέσω του συστήματος επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 12.09.2019 και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 20.09.2019, ήτοι εντός της δεκαήμερης προβλεπόμενης νόμιμης προθεσμίας.

4. Επειδή, η προσφεύγουσα με πρόδηλο έννομο συμφέρον στρέφεται κατά της ανωτέρω προσβαλλόμενης πράξης, αιτούμενη την ακύρωση αυτής κατά το μέρος που με αυτήν απορρίφθηκε η προσφορά της για το ΤΜΗΜΑ 2, «Δύο πλήρη αναισθησιολογικά Συγκροτήματα», ως μη πληρούσα τους όρους της διακήρυξης, αφού έχει υποβάλει νομίμως και εμπροθέσμως την προσφορά της και εύλογα προσδοκά να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση, ισχυριζόμενη ότι έχει υποστεί ζημία από την προσβαλλόμενη πράξη, κατά το μέρος που με αυτήν απορρίφθηκε, παρανόμως ως ισχυρίζεται, η προσφορά της και για το οποίο ΤΜΗΜΑ 2 δεν υπεβλήθη άλλη προσφορά.

5. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η υπό κρίση Προσφυγή είναι τυπικά παραδεκτή και θα πρέπει να εξεταστεί στην ουσία της, ενώ με το υπ' αριθ. 16537/23.09.2019 έγγραφο απόψεων της, η αναθέτουσα αρχή αιτείται να απορριφθεί η υπό κρίση Προσφυγή και να διατηρηθεί η προσβαλλόμενη, ενώ και όπως προκύπτει από την επισκόπηση του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. με το υπ' αριθ. 16582/24.09.2019 Ενημερωτικό

Αριθμός απόφασης: 1238 / 2019

Έγγραφο της αναθέτουσας ανεστάλη η πρόοδος του υπό εξέταση διαγωνισμού έως τη έκδοση απόφασης από την Α.Ε.Π.Π.

6. Επειδή, όπως έχει παγίως κριθεί από τη νομολογία, οι πράξεις της Επιτροπής Διαγωνισμού τόσο κατά τον έλεγχο των τυπικών δικαιολογητικών συμμετοχής στο διαγωνισμό, όσο και κατά την αξιολόγηση των προσφορών, έχουν χαρακτήρα γνωμοδότησης που απευθύνεται προς το αποφασίζον όργανο της αναθέτουσας αρχής, εν προκειμένω το Διοικητικό Συμβούλιο του Νοσοκομείου, και για το λόγο αυτό ως μη εκτελεστές πράξεις δεν υπόκεινται σε προδικαστική προσφυγή (421/2014 ΣτΕ Ασφ). Κατ' ακολουθίαν με την υπό κρίση Προσφυγή και στο μέρος του αιτητικού αυτής, ζητείται απαραδέκτως η ακύρωση, άλλως ανάκληση του υπ' αρ.14921/28.082019 Πρακτικού της επιτροπής διενέργειας και αξιολόγησης, αφού το πρακτικό έχει γνωμοδοτικό χαρακτήρα και επομένως στερείται εκτελεστότητας (ΔΕφ.Πειραιά Ν 128/2018), σε κάθε περίπτωση αυτό εγκρίθηκε με την προσβαλλόμενη απόφαση, η οποία είναι και η μόνη πράξη της αναθέτουσας αρχής που παραδεκτώς προσβάλλεται.

7. Επειδή, με την υπ' αριθ. 20/10.09.2019 απόφαση της Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του, ΘΕΜΑ ΕΗΔ 5: «Έγκριση του με αριθ. πρωτ. 14921/28.08.2019 πρακτικού δικαιολογητικών - τεχνικής αξιολόγησης της επιτροπής διενέργειας του ανοιχτού διεθνή ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την προμήθεια ιατροτεχνολογικού Εξοπλισμού για την κάλυψη των αναγκών της, προϋπολογισθείσας δαπάνης 146.000,00 € συμπερ. του Φ.Π.Α. 24%.», εγκρίθηκε το πρακτικό της επιτροπής διενέργειας και αξιολόγησης του ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την προμήθεια «ΔΥΟ (2) ΑΝΑΙΣΘΗΣΙΟΛΟΓΙΚΩΝ ΜΗΧΑΝΗΜΑΤΩΝ ΓΙΑ ΤΟ» και απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας με την αιτιολογία ότι «[...] Η προσφορά της Εταιρείας δεν πληροί τους όρους της διακήρυξης σχετικά με τους γενικούς και ειδικούς όρους συμμετοχής και τις τεχνικές προδιαγραφές... Επειδή Η προσφορά της Εταιρείας δεν πληροί τους γενικούς και ειδικούς όρους συμμετοχής Η προσφορά της Εταιρείας δεν πληροί την τεχνική προδιαγραφή 10.3. της διακήρυξης. Λαμβάνοντας υπόψη τα παραπάνω, η προσφορά της εταιρείας φέρει ουσιώδεις αποκλίσεις

Αριθμός απόφασης: 1238 / 2019

επί των ζητούμενων δικαιολογητικών και τεχνικών προδιαγραφών που ορίζεται περαιτέρω και απορρίπτεται. Προτείνεται: 1) Το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών για το τμήμα 1: «Προμήθεια ενός (1) Λαπαροσκοπικού συγκροτήματος HD (Γενικής Χειρουργικής χρήσης)» 2) Η επανάληψη του διαγωνισμού για το τμήμα 2 «Προμήθεια δύο (2) Πλήρη αναισθησιολογικά Συγκροτήματα». Περαιτέρω, στο προαναφερόμενο Πρακτικό, το οποίο και εγκρίθηκε με την προσβαλλόμενη και όσον αφορά την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας αναφέρεται ότι «Η προσφορά της Εταιρείας δεν πληροί τους όρους της διακήρυξης σχετικά με τους γενικούς και ειδικούς όρους συμμετοχής και τις τεχνικές προδιαγραφές □ Η προσφορά της Εταιρείας δεν πληροί τους γενικούς και ειδικούς όρους συμμετοχής και συγκεκριμένα [...] Η Εταιρεία στην προσφορά της δεν έχει καταθέσει κατάλογο των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας, του δημοσίου ή ιδιωτικού παραλήπτη. Αντιθέτως αναγράφει ΣΤΟ ΤΥΠΟΠΟΙΗΜΕΝΟ ΕΝΤΥΠΟ ΥΠΕΥΘΥΝΗΣ ΔΗΛΩΣΗΣ (ΤΕΥΔ) [Κατά τη διάρκεια της περιόδου αναφοράς η εταιρεία μας δεν έχει παραδώσει τα προσφερόμενα μηχανήματα δε δημόσια νοσοκομεία παρά μόνο σε ιδιωτικά □ Η προσφορά της Εταιρείας δεν πληρεί την τεχνική προδιαγραφή ΑΝΑΠΝΕΥΣΤΗΡΑΣ ΡΥΘΜΙΣΕΙΣ ΠΑΡΑΜΕΤΡΩΝ ΑΕΡΙΣΜΟΥ 10.3 και συγκεκριμένα ενώ ζητείται από την τεχνική προδιαγραφή, PEEP 0-20 cmH₂O, Η εταιρεία στην προσφορά της παραπέμπει προς απόδειξη των ανωτέρω στο Φυλλάδιο, σελ. 9, σημ. 10.4 που όμως αναγράφει ότι διαθέτει PEEP 3-30 cmH₂O. Συνεπώς δεν διαθέτει ρύθμιση PEEP από 0-20 cm όπως ρητά ζητείται. Λαμβάνοντας υπόψη τα παραπάνω, η προσφορά της εταιρείας φέρει ουσιώδεις αποκλίσεις επί των ζητούμενων δικαιολογητικών και τεχνικών προδιαγραφών που ορίζονται από τη διακήρυξη, δεν αξιολογείται περαιτέρω και απορρίπτεται».

8. Επειδή, ο όρος 2.2.6 «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» της διακήρυξης ορίζει ότι «(ό)σον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: α) να δηλώνουν τις κυριότερες παραδόσεις που έχουν

Αριθμός απόφασης: 1238 / 2019

εκτελέσει κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας [...]». Επέκεινα, ο όρος 2.2.9 «Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής», 2.2.9.1. «Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών» ορίζει ότι «[Για συμβάσεις κάτω των ορίων]. Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 4 του ν. 4412/2016 Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) (Β/3698/16-11-2016), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα ΙΙΙ, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986», ο όρος 2.2.9.2 «Αποδεικτικά μέσα» ότι «ΕΠΙΣΗΜΑΙΝΕΤΑΙ ΟΤΙ ΤΑ ΚΑΤΩΤΕΡΩ ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΠΟΥ ΘΑ ΖΗΤΗΘΟΥΝ ΚΑΤΑ ΤΟ ΣΤΑΔΙΟ ΤΩΝ ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΩΝ ΚΑΤΑΚΥΡΩΣΗΣ (3.2) ΔΕΝ ΑΠΑΙΤΟΥΝΤΑΙ ΣΤΟ ΣΤΑΔΙΟ ΑΥΤΟ Α. Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.8, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παρούσας και κατά τη σύναψη της σύμβασης στις περιπτώσεις του άρθρου 105 παρ. 3 περ. γ του ν. 4412/2016 [...]», ενώ στην παράγραφο Β.4. ορίζεται ότι «Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν τους ακόλουθους κατάλογους: α) κατάλογος των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη. Όπου κριθεί απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών αγαθών ή υπηρεσιών που παραδόθηκαν ή εκτελέστηκαν πριν από την τελευταία τριετία».

9. Επειδή, η προσφεύγουσα, με το πρώτο λόγο της Προσφυγής της, υποστηρίζει ότι θα πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά της με την αιτιολογία του σημείου 1 ότι «Η

Αριθμός απόφασης: 1238 / 2019

προσφορά της Εταιρείας δεν πληροί τους γενικούς και ειδικούς όρους συμμετοχής και συγκεκριμένα [...] Η Εταιρεία στην προσφορά της δεν έχει καταθέσει κατάλογο των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας, του δημοσίου ή ιδιωτικού παραλήπτη. Αντιθέτως αναγράφει ΣΤΟ ΤΥΠΟΠΟΙΗΜΕΝΟ ΕΝΤΥΠΟ ΥΠΕΥΘΥΝΗΣ ΔΗΛΩΣΗΣ (ΤΕΥΔ) [Κατά τη διάρκεια της περιόδου αναφοράς η εταιρεία μας δεν έχει παραδώσει τα προσφερόμενα μηχανήματα δε δημόσια νοσοκομεία παρά μόνο σε ιδιωτικά». Από τις προδιαληφθείσες διατάξεις της διακήρυξης (βλ. σκέψη 8 της παρούσας), εναργώς συνάγεται ότι προς απόδειξη των κριτηρίων επιλογής της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας απαιτείτο η προσκόμιση σχετικού καταλόγου με τις κυριότερες παραδόσεις κάθε συμμετέχοντος κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας, κατάλογος που όσον αφορά τη συμφωνία του με τον όρο 2.2.9.2. της διακήρυξης, ήτοι της πλήρωσης του δικαιώματος συμμετοχής κατά την υποβολή της προσφοράς, υποβάλλεται προαποδεικτικώς με τη συμπλήρωση του αντίστοιχου πεδίου του υποβαλλόμενου Τ.Ε.Υ.Δ. Στην υπό κρίση περίπτωση και από τη θεώρηση του υποβληθέντος Τ.Ε.Υ.Δ., Μέρος IV «Κριτήρια επιλογής», Τμήμα Γ. «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα», πεδίο 1β «Μόνο για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών: Κατά τη διάρκεια της περιόδου αναφοράς ο οικονομικός φορέας έχει προβεί στις ακόλουθες κυριότερες παραδόσεις αγαθών του είδους που έχει προσδιοριστεί ή έχει παράσχει τις ακόλουθες κυριότερες υπηρεσίες του είδους που έχει προσδιοριστεί: Κατά τη σύνταξη του σχετικού καταλόγου αναφέρετε τα ποσά, τις ημερομηνίες και τους παραλήπτες δημοσίου ή ιδιωτικούς» προκύπτει ότι η προσφεύγουσα δηλώνει ότι «Αριθμός ετών (η περίοδος αυτή προσδιορίζεται στη σχετική διακήρυξη ή στην πρόσκληση ή στα έγγραφα της σύμβασης που αναφέρονται στην διακήρυξη): [Κατά τη διάρκεια περιόδου αναφοράς η εταιρεία μας δεν έχει παραδώσει τα προσφερόμενα μηχανήματα σε δημόσια νοσοκομεία παρά μόνο σε ιδιωτικά]», χωρίς να αναφέρει τις κυριότερες παραδόσεις στον πίνακα που ακολουθεί και απαιτεί τη συμπλήρωση των πεδίων «περιγραφή», «ποσό», «ημερομηνίες» και «παραλήπτες». Κατ' ακολουθίαν με την αιτιολογία του πρώτου μέρους της προσβαλλόμενης

Αριθμός απόφασης: 1238 / 2019

απόφασης, νομίμως απερρίφθη η προσφορά της προσφεύγουσας ως μη πληρούσα τους όρους 2.2.6 και 2.2.9.2 της διακήρυξης, δοθέντος ότι δεν αποδεικνύεται η τεχνική και επαγγελματική ικανότητά της κατά την υποβολή της προσφοράς της, αφού δεν δηλώνει τις κυριότερες παραδόσεις που έχει εκτελέσει κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας και ως εκ τούτου ο λόγος αυτός της Προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος ως νόμω και ουσία αβάσιμος.

10. Επειδή, ο όρος 2.4.3 «Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής- Τεχνική Προσφορά» της διακήρυξης ορίζει ότι «[...] 2.4.3.2 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 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 (Άρθρο 94, παρ.4 του ν. 4412/16)». Επέκεινα, στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ II «ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ- ΦΥΛΛΟ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ- ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ» Κεφ. Α' «ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΙΑΤΡΟΤΕΧΝΟΛΟΓΙΚΟΥ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ», Ενότητα 2. «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΔΥΟ (2) ΠΛΗΡΩΝ ΑΝΑΙΣΘΗΣΙΟΛΟΓΙΚΩΝ ΣΥΓΚΡΟΤΗΜΑΤΩΝ (CPV:.....)», ορίζεται στο σημείο 10 «10.3 ΡΥΘΜΙΣΕΙΣ ΠΑΡΑΜΕΤΡΩΝ ΑΕΡΙΣΜΟΥ» ότι «PEEP 0-20 cmH₂O».

11. Επειδή, η προσφεύγουσα, με το δεύτερο λόγο της Προσφυγής της, υποστηρίζει ότι θα πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά της με την αιτιολογία του σημείου 2, σύμφωνα με το οποίο «Η προσφορά της Εταιρείας δεν πληρεί την τεχνική προδιαγραφή ΑΝΑΠΝΕΥΣΤΗΡΑΣ ΡΥΘΜΙΣΕΙΣ ΠΑΡΑΜΕΤΡΩΝ ΑΕΡΙΣΜΟΥ 10.3 και συγκεκριμένα ενώ ζητείται από την τεχνική προδιαγραφή, PEEP 0-20 cmH₂O, Η εταιρεία στην προσφορά της παραπέμπει προς απόδειξη των ανωτέρω στο Φυλλάδιο, σελ. 9, σημ. 10.4 που όμως αναγράφει ότι διαθέτει PEEP 3-30 cmH₂O. Συνεπώς δεν διαθέτει ρύθμιση PEEP από 0-20 cm όπως ρητά ζητείται. Λαμβάνοντας υπόψη τα παραπάνω, η προσφορά της εταιρείας

Αριθμός απόφασης: 1238 / 2019

..... φέρει ουσιώδεις αποκλίσεις επί των ζητούμενων δικαιολογητικών και τεχνικών προδιαγραφών που ορίζονται από τη διακήρυξη, δεν αξιολογείται περαιτέρω και απορρίπτεται», αφού απάντησε στον εν λόγω διαγωνισμό, στο σημείο 10.3 των προδιαγραφών του αφορά τις ΡΥΘΜΙΣΕΙΣ ΠΑΡΑΜΕΤΡΩΝ ΑΕΡΙΣΜΟΥ του ΑΝΑΠΝΕΥΣΤΗΡΑ πως το υπερσύγχρονο προσφερόμενο σύστημα του κατασκευαστικού οίκου MINDRAY διαθέτει δυνατότητας ρύθμισης της τελοεκπνευστικής πίεσης PEEP στο διάστημα 3- 30cm H₂O που διαθέτει πληθώρα των εγκατεστημένων και μη αναισθησιολογικών μηχανημάτων παγκοσμίως, ενώ το εύρος τιμών PEEP 0-2cm H₂O που τυπικά και ονομαστικά δεν καλύπτει το προσφερόμενο από την προσφεύγουσα σύστημα δεν μπορεί σε καμία περίπτωση να θεωρηθεί ουσιώδης απόκλιση που επισύρει την απόρριψη του προσφερόμενου συστήματος, δοθέντος ότι ζητείται 0-20cm H₂O και προσφέρεται 3-30cm H₂O. Από τα ανωτέρω αναφερόμενα προκύπτει ότι με το δεύτερο λόγο της Προσφυγής της η προσφεύγουσα στρέφεται κατ' ουσίαν κατά της τεχνικής προδιαγραφής 10.3 του Παραρτήματος II, αφού δεν προβάλλει ότι πληροί αυτήν, αντίθετα συνομολογεί τη μη πλήρωση της (βλ. σελ. 9 της Προσφυγής), ισχυριζόμενη, όμως, ότι «τυπικά και ονομαστικά» μόνο δεν καλύπτει αυτή το προσφερόμενο σύστημά της, αλλά ουσιαστικά την καλύπτει, αφού η απόκλιση είναι μη ουσιώδης. Εντούτοις, όπως γίνεται παγίως (ΕΑ ΣΤΕ 207/2002, 295/2003, 602/2003, 884/2003, 69/2005, 1032/2005, 245/2011 κ.ά.), στο πεδίο των δημοσίων διαγωνισμών ισχύει η αρχή της επίκαιρης και αυτοτελούς προσβολής των βλαπτικών πράξεων όλων των οργάνων του διαγωνισμού, ήτοι λόγοι που αφορούν σε προγενέστερο στάδιο του διαγωνισμού δε μπορούν να προβληθούν σε μεταγενέστερο, αλλά θα πρέπει να προβάλλονται επικαίρως και ως εκ τούτου η προσφεύγουσα ανεπικαίρως βάλλει δια της παρούσας και επ' αφορμής της απόφασης περί αποκλεισμού της από την επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία κατά της ως άνω τεχνικής προδιαγραφής, η οποία συνιστά απαράβατο όρο της διακήρυξης, αφού δεν έχει διατυπώσει ουδεμία επιφύλαξη περί των όρων της διακήρυξης, ούτε έχει στραφεί κατά αυτής με τα προβλεπόμενα από το νόμο ένδικο βοηθήματα (ΣΤΕ 705/2011, ΔΕφΑΘ 151/2013). Άλλωστε, στην υπό κρίση περίπτωση προκύπτει από το φάκελο της υπόθεσης ότι η προσφεύγουσα συμμετείχε στο

Αριθμός απόφασης: 1238 / 2019

επίμαχο διαγωνισμό χωρίς να διατυπώσει οποιαδήποτε επιφύλαξη υπέρ οποιουδήποτε εκ των όρων της διακήρυξης και χωρίς να βάλλει ευθέως κατά αυτών, ενώ, όπως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία, προκειμένου να είναι παραδεκτή η προσβολή όρων της διακήρυξης σε μεταγενέστερο στάδιο θα πρέπει να έχει προηγηθεί η κατάθεση επιφύλαξης (ΕΑ ΣτΕ 957/2003, 386/2005, 1122/2008) και συνεπώς απαραδέκτως αμφισβητείται, το πρώτον με την υπό κρίση Προσφυγή, η σκοπιμότητα θέσπισης του υπόψη όρου της διακήρυξης. Περαιτέρω, σύμφωνα με την πάγια νομολογία, εθνική και ενωσιακή, η διακήρυξη διαγωνισμού συνιστά στο σύνολο της κανονιστική πράξη της αναθέτουσας αρχής, συνακόλουθα και οι όροι της διακήρυξης έχουν κανονιστικό χαρακτήρα, περιλαμβάνουν δηλαδή γενικούς και αφηρημένους κανόνες, η πιστή τήρηση των οποίων δεσμεύει απολύτως την αναθέτουσα αρχή και τα όργανα που διεξάγουν τον διαγωνισμό παράλληλα όμως, η δεσμευτική ισχύ τους εκτείνεται και στους διαγωνιζόμενους. Εξάλλου, σύμφωνα με την πάγια νομολογία των ελληνικών Δικαστηρίων, η διαδικασία των διαγωνισμών είναι αυστηρώς τυπική (αρχή της τυπικότητας), υπό την έννοια ότι οι προσφορές των διαγωνιζομένων πρέπει να τηρούν απολύτως τους υποχρεωτικούς και δεσμευτικούς όρους της διακήρυξης και να βρίσκονται σε συμφωνία με το κανονιστικό περιεχόμενο αυτών, όπερ συνεπάγεται ότι κάθε παράβαση των σχετικών όρων της διακήρυξης έχει σαν επακόλουθο το απαράδεκτο της υπόψη προσφοράς ή/ και την ακυρότητα των πράξεων της αναθέτουσας αρχής, που δεν συνάδουν στις παραπάνω επιταγές/ αρχές. Κατ' ακολουθίαν, κάθε απόκλιση από τις υποχρεωτικές προβλέψεις της διακήρυξης συνιστά παράβαση αυτής και επιφέρει, κατά δεσμία αρμοδιότητα της αναθέτουσας σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας, της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας, τον αποκλεισμό του οικονομικού φορέα που δε συμμορφώνεται πλήρως προς τις πρόνοιες του κανονιστικού πλαισίου. Στην υπό κρίση περίπτωση, η προσφορά της προσφεύγουσας νομίμως απορρίφθηκε ως προς το σημείο 2 της αιτιολογίας της προσβαλλόμενης, δοθέντος ότι, ως συνομολογείται με την Προσφυγή, η προσφορά της προσφεύγουσας δεν καλύπτει την υπόψη προδιαγραφή 10.3 του Παραρτήματος ΙΙ της διακήρυξης περί «*PEEP 0-20 cmH₂O*» των Ρυθμίσεων Παραμέτρων Αερισμού και συνεπώς υφίσταται

Αριθμός απόφασης: 1238 / 2019

ουσιώδης απόκλιση από τα οριζόμενα στη διακήρυξη. Και τούτο, γιατί οι τεχνικές προδιαγραφές θεωρούνται अपαραβάτοι όροι της διακήρυξης (Ε.Α. ΣΤΕ 1740/2004, 93,316,563/2006) εκτός εάν σύμφωνα με τη διακήρυξη ορισμένες είναι προαιρετικές (ΣΤΕ ΕΑ 192/2012, 291/2011, ΕΣ Τμ. Μείζ.-Επταμ. 2446/2012, Γνωμ. ΝΣΚ 521/2011, βλ. για τη δεσμευτικότητα των τεχνικών προδιαγραφών απόφαση ΔΕΕ της 5ης Δεκεμβρίου 2013, C-561/12 Nordecon AS, Ramboll Eesti AS κατά Rahandusministeerium) ή εάν είναι αποδεκτή η πλήρωση μέρους μόνο των εν λόγω προδιαγραφών, οι οποίες, κατά τα παγίως κριθέντα από τη νομολογία, αποτελούν ενιαίο σύνολο (ΔΕΦΑΘ 230/2012), ενώ, επιπλέον, ουσιώδης θεωρείται όχι μόνον η απόκλιση υποβληθείσης προσφοράς από όρους της διακήρυξης που χαρακτηρίζονται ρητώς από αυτήν ως απαραβάτοι, αλλά και η έλλειψη ιδιότητας του προσφερομένου, προς προμήθεια, είδους, η οποία του στερεί την καταλληλότητα που απαιτείται για χρήση σύμφωνη με τον προορισμό του και αποτελεί εξυπακουόμενη, ουσιώδη απαίτηση της εκάστοτε προκηρύξεως (πρβλ. ΕΣ 212/2016, ΣΤΕ 395/2004, 557/2005, 720,725/2006, 1052/2008), ως στην προκείμενη περίπτωση που υφίσταται έλλειψη τεχνικής προδιαγραφής που απαιτείται ρητά από τη διακήρυξη και τον όρο 2.4.3.2. αυτής (βλ. σκέψη 10 της παρούσας). Ως εκ τούτου, ο δεύτερος λόγος προσφυγής προβάλλεται απαραδέκτως και χωρίς έννομο συμφέρον από την προσφεύγουσα, ενώ και σε κάθε περίπτωση τυγχάνει απορριπτέος ως νόμω και ουσία αβάσιμος.

12. Επειδή, κατ' ακολουθίαν η υπό κρίση Προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμη, νόμω και ουσία, σύμφωνα με ό,τι κρίθηκε ανωτέρω, το παράβολο, δε, που κατέθεσε η προσφεύγουσα να καταπέσει (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου.

Αριθμός απόφασης: 1238 / 2019

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 18 Οκτωβρίου 2019 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη και εκδόθηκε την 1^η Νοεμβρίου 2019.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Τζέιμου Γιάννακα