

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 23 Νοεμβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αποκάρδου Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος (δυνάμει της υπ' αριθμ. 167/2021 Πράξης της Προέδρου ΑΕΠΠ) Μέλη.

Για να εξετάσει την από 15.10.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1946/15.10.2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στο, όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της με αριθμ. πρωτ. 80120/7.10.2021 απόφασης του Διοικητή (στην οποία ενσωματώνεται και η με αριθμ. πρωτ. 77993/15.09.2021 απόφαση περί έγκρισης των υπ' αριθμ. 74075/6.09.2021, 75242/8.09.2021 και 75249/8.09.2021 Πρακτικών της Επιτροπής Διαγωνισμού αναφορικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών και ανακήρυξης προσωρινών αναδόχων) περί έγκρισης του από 5.10.2021 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού αναφορικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών προσωρινών αναδόχων και κατακύρωσης του διαγωνισμού (εφεξής η «προσβαλλόμενη») και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» (εφεξής ο «παρεμβαίνων»), που εδρεύει στο, οδός, αριθμ., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκέλος που κρίνεται αποδεκτή η προσφορά και κατακυρώνεται το Τμήμα 5 του διαγωνισμού στον παρεμβαίνοντα και δεν αναρτήθηκαν τα δικαιολογητικά κατακύρωσης στο ΕΣΗΔΗΣ.

Αριθμός απόφασης: 1792/2021

Με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί 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, συνολικού ποσού 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό, την από 15.10.2021 πληρωμή στην ΕΘΝΙΚΗ ΤΡΑΠΕΖΑ και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη του Τμήματος 5 (Ε/Οδοντιατρικά) της σύμβασης σχετικά με το οποίο ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 68.000,00 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και δικαιώματος προαίρεσης.

2. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αριθμ.Διακήρυξη προκήρυξε δημόσιο ανοικτό διεθνή ηλεκτρονικό διαγωνισμό με αντικείμενο «.....», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής, συνολικού προϋπολογισμού 543.800,00 συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και δικαιώματος προαίρεσης. Ο διαγωνισμός υποδιαιρείται σε 5 Τμήματα, τα δε Τμήματα σε διάφορες Ομάδες, οι δε προσφορές μπορούν να υποβληθούν για ένα ή περισσότερα ή όλα τα Τμήματα και για μία ή περισσότερες ή όλες τις Ομάδες έκαστου Τμήματος.

3. Επειδή η προκήρυξη της ως άνω σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 2.07.2021 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, το δε πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 2.07.2021 με ΑΔΑΜ, καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό

Αριθμός απόφασης: 1792/2021

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 15.10.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο για του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι οι προσβαλλόμενες αποφάσεις κοινοποιήθηκαν στους συμμετέχοντες μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 7.10.2021, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 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 ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή στις 15.10.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους ενδιαφερόμενους σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή με την υπ' αριθμ. 2581/2021 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 ο παρεμβαίνων κατέθεσε στις 22.10.2021, ήτοι εμπροθέσμως, μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, την με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 6404/2021 παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώως έννομο συμφέρον καθώς η προσφορά του έχει κριθεί αποδεκτή και έχει ανακηρυχθεί οριστικός ανάδοχος για το Τμήμα 5 του διαγωνισμού και ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε την 26.10.2021 στην ΑΕΠΠ μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού τις απόψεις

Αριθμός απόφασης: 1792/2021

της επί της προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα αυθημερόν.

10. Επειδή ο προσφεύγων στις 16.11.2021 υπέβαλε μέσω της επικοινωνίας του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, το οποίο όμως δεν λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο διότι κατατέθηκε εκπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016 όπως τροποποιήθηκε με το ν. 4782/2021.

11. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω 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.

12. Επειδή στο υπό κρίση διαγωνισμό για τις Ομάδες 11.1-11.12 του Τμήματος 5 του διαγωνισμού έλαβαν μέρος δύο οικονομικοί φορείς, ήτοι ο προσφεύγων και ο παρεμβαίνων, οι οποίοι υπέβαλαν τις με αριθμό συστήματος ... και ... προσφορές τους αντίστοιχα. Σύμφωνα με το υπ' αριθμ. Πρακτικό, η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε την αποδοχή αμφοτέρων των συμμετεχόντων και την ανακήρυξη του παρεμβαίνοντος ως προσωρινού αναδόχου για τις Ομάδες 11.1-11.12 του Τμήματος 5 του διαγωνισμού, ο δε προσφεύγων κατατάχτηκε δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας. Με τη με αριθμ. πρωτ. 77993/15.09.2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής εγκρίθηκε, μεταξύ άλλων, το ως άνω Πρακτικό. Στη συνέχεια κατόπιν ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης του παρεμβαίνοντος, η Επιτροπή Διαγωνισμού με το από 5.10.2021 Πρακτικό εισηγήθηκε την κατακύρωση των Ομάδων 11.1-11.12 του Τμήματος 5 του διαγωνισμού στον παρεμβαίνοντα. Με την προσβαλλόμενη απόφαση εγκρίθηκε το εν λόγω Πρακτικό.

13. Επειδή ο προσφεύγων, ως προσφέρων του υπό κρίση διαγωνισμού του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή και κατατάχτηκε δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας για τις Ομάδες 11.1-11.12 του Τμήματος 5 του διαγωνισμού θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης ως βλαπτόμενος, ως προς το μέρος που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς του παρεμβαίνοντος στις εν λόγω Ομάδες του Τμήματος 5, ερειδόμενο στη ζημία του από τυχόν παράνομη

Αριθμός απόφασης: 1792/2021

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 ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση, τα δε περί του αντιθέτου προβαλλόμενα από την αναθέτουσα αρχή και τον παρεμβαίνοντα τυγχάνουν απορριπτέα ως αβάσιμα.

Ωστόσο, ο προσφεύγων στερείται εννόμου συμφέροντος για την προβολή ισχυρισμών περί απόρριψης της προσφοράς του παρεμβαίνοντος για τις έτερες Ομάδες του Τμήματος 5 του διαγωνισμού για τις οποίες κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος, δοθέντος ότι ο προσφεύγων έχει υποβάλλει προσφορά μόνον για τις Ομάδες 11.1-11.12 του Τμήματος 5.

14. Επειδή ο προσφεύγων επικαλούμενος τους όρους 2.2.1, 2.3.1, 2.4.3.1 και το Παράρτημα Ι της διακήρυξης ισχυρίζεται τα ακόλουθα : « ...από το συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων, η προσφορά της συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας θα πρέπει να απορριφθεί δεδομένου ότι :

2.1 Δεν υπάρχει καμία τεκμηρίωση (ιστορικό, περιγραφή, πιστοποιητικό εκπαίδευσης κοκ) από την οποία να προκύπτει ότι η εταιρεία «.....» μπορεί να ανταποκριθεί στην τεχνική υποστήριξη οδοντιατρικών εδρών μοντέλου Tritton Plus +

Ήδη και δια της παρούσας, ως Κατασκευαστής των συγκεκριμένων εδρών δηλώνουμε ότι η εν λόγω εταιρεία ουδέποτε έχει επισκεφθεί το εργοστάσιο μας ουδέποτε έχει λάβει εκπαίδευση στον τρόπο εγκατάστασης και επισκευής των προϊόντων μας αλλά ούτε και αποτελεί μέλος του επίσημου δικτύου Τεχνικών ώστε να μπορεί να προμηθεύεται και να μεταπωλεί επισήμως γνήσια ανταλλακτικά. Έτι περαιτέρω, δεν λαμβάνει τακτικές ενημερώσεις για τις βελτιώσεις και προσθήκες σύμφωνα με τις οδηγίες μας ως κατασκευαστή και επομένως ουδόλως μπορεί να ανταποκριθεί στις ως άνω τιθέμενες τεχνικές προδιαγραφές.[...]

Επειδή μόνη η δήλωση του συμμετέχοντα περί συμφωνίας ελλείπει οποιουδήποτε άλλου υποστηρικτικού στοιχείου καθιστά την προσφορά παντελώς αόριστη και ανεπίδεκτη τεχνικής εκτίμησης..».

15. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της προβάλλει τα ακόλουθα : «... με την προσβαλλόμενη απόφαση έγιναν αποδεκτές οι

Αριθμός απόφασης: 1792/2021

προσφορές των οικονομικών φορέων, που πληρούσαν τους όρους της διακήρυξης και τις τεχνικές προδιαγραφές αυτής κατά το συγκεκριμένο στάδιο της διαδικασίας και αυτό καταδεικνύεται από το περιεχόμενο των όρων της ίδιας της διακήρυξης, οι οποίοι είναι σαφείς και σε καμία περίπτωση δεν αφήνουν αμφιβολία για το ότι πρόκειται για διαγωνισμό για την παροχή υπηρεσιών και μόνο, υπό πολύ συγκεκριμένους όρους. Θα πρέπει δε να επισημανθεί ότι οι όροι της διακήρυξης σε καμία περίπτωση δεν καταργούν το περιεχόμενο των νομοθετικών διατάξεων και κατά την αξιολόγηση των προσφορών των οικονομικών φορέων εξετάζεται πρωτίστως εάν τόσο αυτές όσο και τα συνυποβαλλόμενα έγγραφα, πιστοποιητικά και βεβαιώσεις πληρούν τους όρους του νόμου [...]

Προκειμένου να προκριθεί η εταιρία «.....» για την σύναψη σύμβασης, στα πλαίσια του ως άνω διαγωνισμού ελήφθησαν υπόψη οι ως άνω όροι της Διακήρυξης και διαπιστώθηκε ότι πληρούνται στο σύνολό τους. [...]».

16. Επειδή ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται τα ακόλουθα : «... καταρχήν κανένα από τα επικαλούμενα από την προσφεύγουσα δεν αναφέρεται και απαιτείται εκ της Διακηρύξεως και εκ του Παραρτήματος I ...

Αρνούμεθα μετ' επιτάσεως τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι δεν αποτελούμε μέλος του επίσημου δικτύου Τεχνικών ώστε να μπορούμε να προμηθευόμαστε και να μεταπωλούμε επισήμως γνήσια ανταλλακτικά. Εμείς συστηματικά κατά την παροχή των υπηρεσιών μας και στις άλλες συμβάσεις με ΥΠΕ (ορ. Συμβάσεις με 4^η ΥΠΕ οι οποίες αφορούν και σε συντήρηση μηχανημάτων της ,.....) αγοράζουμε και χρησιμοποιούμε μόνο γνήσια ανταλλακτικά τα οποία προμηθευόμαστε απευθείας από τον κύριο κατασκευαστή των ανταλλακτικών και όχι από την προσφεύγουσα που και η ίδια αλλού τα προμηθεύεται. Όπως άλλωστε συνομολογεί και η ίδια (σελ. 4 της προσφυγής) κατασκευάζει οδοντιατρικές μονάδες σε κάθετη μονάδα παραγωγής (το οποίο σημαίνει ότι εκτελεί ουσιαστικά συναρμολόγηση με επιμέρους τμήματα που και η ίδια αγοράζει από αλλού). Σε κάθε περίπτωση, η διακήρυξη δεν αξιώνει αποκλειστικούς συνεργάτες της εταιρείας

Αριθμός απόφασης: 1792/2021

Για το λόγο αυτό, και ενόψει της πλήρους ανταπόκρισής μας στις απαιτήσεις της διακήρυξης οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι απορριπτέοι...».

17. 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».

18. 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 άρθρων 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 απαραίτους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς,[...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.),...».

19. 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 υπόστασης, υπό την προϋπόθεση ότι συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης και είναι ανάλογα με την αξία και τους σκοπούς της. [...]».

Αριθμός απόφασης: 1792/2021

20. 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. [...]».

21. Επειδή το άρθρο 94 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «[...]4. Στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων προμηθειών και γενικών υπηρεσιών ο φάκελος της τεχνικής προσφοράς περιέχει ιδίως τα έγγραφα και τα δικαιολογητικά που τεκμηριώνουν την τεχνική επάρκεια, χρησιμοποιούνται για την αξιολόγηση των προσφορών και περιγράφονται στα έγγραφα της σύμβασης.[...]».

22. Επειδή στους όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι : «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 Ι 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.

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 αποκλίνει από απαράβατους όρους περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, ή δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται στην παρούσα και συγκεκριμένα στις παραγράφους [...] 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής

Αριθμός απόφασης: 1792/2021

προσφοράς), [...] β) η οποία περιέχει ατελείς, ελλιπείς, ασαφείς ή λανθασμένες πληροφορίες ή τεκμηρίωση, συμπεριλαμβανομένων των πληροφοριών που περιέχονται στο ΕΕΕΣ, εφόσον αυτές δεν επιδέχονται συμπλήρωσης, διόρθωσης, αποσαφήνισης ή διευκρίνισης ή, εφόσον επιδέχονται, δεν έχουν αποκατασταθεί από τον προσφέροντα, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας, σύμφωνα το άρθρο 102 του ν. 4412/2016 και την παρ. 3.1.2.1 της παρούσας διακήρυξης, [...] ι) η οποία παρουσιάζει αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης [...]

ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι – Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικειμένου της Σύμβασης (προσαρμοσμένο από την Αναθέτουσα Αρχή)

ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ

Υπηρεσίες Συντήρησης και Επισκευής Ιατρικού εξοπλισμού

1. Οι απαιτούμενες επισκέψεις ανά έτος για την προληπτική συντήρηση του Ιατροτεχνολογικού Εξοπλισμού, είναι μία (1) επίσκεψη ανά έτος και θα γίνεται το πρώτο 4μηνο από την υπογραφή της σύμβασης, εκτός και αν ο κατασκευαστικός οίκος αναφέρει διαφορετικό αριθμό συντηρήσεων ανά έτος γεγονός που θα πρέπει να αποδεικνύεται με σχετικό επίσημο έγγραφο του κατασκευαστικού οίκου

[...] 4. Στο κόστος της ετήσιας συντήρησης θα συμπεριλαμβάνονται όλα τα ανταλλακτικά, αναλώσιμα ανταλλακτικά και υλικά λειτουργίας (κίτ συντήρησης, υλικά που χρήζουν αντικατάστασης ανά 3μηνο, 6μηνο, έτος, 2ετία κ.ο.κ.), που θα απαιτούνται για την συντήρηση καθώς και για κάθε επανορθωτική επισκευή σύμφωνα με τις προδιαγραφές του κατασκευαστικού οίκου για την διασφάλιση της ορθής λειτουργίας των. Δεν θα συμπεριλαμβάνονται τα αναλώσιμα υλικά χρήσης του εξοπλισμού (χαρτί, μελάνι, μπαταρίες, καλώδια χρήσης, φιλμ) εκτός από όπου αυτό προβλέπεται/αναφέρεται από τον επισυναπτόμενο πίνακα εξοπλισμού. [...]

5. Ο ανάδοχος υποχρεούται να διατηρεί απόθεμα ανταλλακτικών στις αποθήκες του για την κατά προτεραιότητα εξυπηρέτηση και άμεση αποκατάσταση των βλαβών των συμβεβλημένων πελατών του.

6. Τα ανταλλακτικά θα πρέπει να είναι γνήσια, επί αποδείξει από τον κατασκευαστικό οίκο, και να συνοδεύονται κατ' ελάχιστον από εξάμηνη (6)

Αριθμός απόφασης: 1792/2021

εγγύηση ακόμη και μετά το πέρας ισχύος της σύμβασης, το δε κόστος εργασίας εκτός σύμβασης θα βαρύνει τον εκάστοτε φορέα. Σε περίπτωση όπου από επίσημο έγγραφο του κατασκευαστικού οίκου προκύπτει διαφορετικός χρόνος εγγύησης θα αξιολογηθεί από την επιτροπή.[...]».

23. 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 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.

24. 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 επιτυγχανόταν 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).

25. 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.

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

27. 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*).

28. 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,

Αριθμός απόφασης: 1792/2021

σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

29. Επειδή στον όρο 2.4.3.2 της διακήρυξης προβλέπεται ρητώς ότι η τεχνική προσφορά πρέπει να περιλαμβάνει όλα τα έγγραφα με τα οποία αποδεικνύεται η πλήρωση των τεχνικών προδιαγραφών του Παραρτήματος I της διακήρυξης. Στο δε Παράρτημα I της διακήρυξης τίθεται ως τεχνική προδιαγραφή ότι πρέπει να χρησιμοποιούνται γνήσια ανταλλακτικά για την αποκατάσταση των βλαβών του υπό προμήθεια εξοπλισμού και μάλιστα απαιτείται η γνησιότητα των ανταλλακτικών να αποδεικνύεται με έγγραφο του κατασκευαστικού οίκου. Επομένως, σύμφωνα με τα εκτεθέντα υπό σκέψεις 23-28 και τον όρο 2.4.6 της διακήρυξης, ο διαγωνιζόμενος θα πρέπει να προσκομίσει με την τεχνική του προσφορά έγγραφο του κατασκευαστή του προσφερόμενου εξοπλισμού στο οποίο θα δηλώνεται η διάθεση προς τον διαγωνιζόμενο γνήσιων ανταλλακτικών, άλλως συντρέχει λόγος αποκλεισμού της προσφοράς λόγω μη πλήρωσης τεχνικής προδιαγραφής.

30. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και δεν αμφισβητείται, ο παρεμβαίνων δηλώνει στο αρχείο υπό τίτλο «ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» ότι προσφέρει το μηχάνημα του κατασκευαστικού οίκου, ήτοι του προσφεύγοντος, καθώς και ότι *«Η αποκατάσταση θα γίνεται με ανταλλακτικά γνήσια, επί αποδείξει από τον κατασκευαστικό οίκο, όπου υπάρχει η δυνατότητα...και θα είναι όμοια ή και καλύτερα του κατασκευαστή...»*. Συνεπώς, εκ του εν λόγω εγγράφου προκύπτει καταρχάς ότι δεν πληρείται η προδιαγραφή του Παραρτήματος I της διακήρυξης περί χρήσης γνήσιων ανταλλακτικών διότι αφενός μεν τίθεται τούτο υπό την αίρεση της ύπαρξης σχετικής δυνατότητας, αφετέρου η αναφορά σε όμοια ή και καλύτερα ανταλλακτικά από εκείνα του κατασκευαστή προδήλως υποδηλώνει τη χρήση μη γνήσιων ανταλλακτικών και όχι του κατασκευαστή. Περαιτέρω, δεν έχει προσκομιστεί με την προσφορά του παρεμβαίνοντος οιοδήποτε έγγραφο του κατασκευαστή του προσφερόμενου είδους, ήτοι εν προκειμένω του προσφεύγοντος, περί διάθεσης γνήσιων ανταλλακτικών προς τον παρεμβαίνοντα, κατά παράβαση του όρου 2.4.3.2 και του Παραρτήματος I της διακήρυξης. Επισημαίνεται ότι η κατά τον όρο 2.4.3.2 της διακήρυξης

Αριθμός απόφασης: 1792/2021

απόδειξη της πλήρωσης των τεχνικών προδιαγραφών θα πρέπει να προκύπτει από έγγραφα του κατασκευαστή και όχι του ιδίου του συμμετέχοντος, πολλώ δε μάλλον καθώς τούτο προβλέπεται ρητώς στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης. Αορίστως και άρα αναποδείκτως ο παρεμβαίνων προβάλλει ότι χρησιμοποιεί γνήσια ανταλλακτικά τα οποία προμηθεύεται απευθείας από τον κύριο κατασκευαστή των ανταλλακτικών, καθώς ουδέν προσκομίζει προς απόδειξη των ισχυρισμών του, ούτε δηλώνει τούτο στην προσφορά του, ενώ η επίκληση έτερων συμβάσεων με ΥΠΕ ουδόλως συνιστά και απόδειξη της χρήσης από τον παρεμβαίνοντα γνήσιων ανταλλακτικών παρά μόνον της προηγούμενης εμπειρίας του σε αντίστοιχες συμβάσεις. Συνεπώς, βάσει των προεκτεθέντων, η αναθέτουσα αρχή όφειλε κατά δεσμία αρμοδιότητα να απορρίψει την προσφορά του παρεμβαίνοντος για τις Ομάδες 11.1-11.12 του Τμήματος 5 του διαγωνισμού και ο σχετικός λόγος της προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος, ενόψει δε τούτου παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση των λοιπών λόγων της προσφυγής περί απόρριψης της προσφοράς του παρεμβαίνοντος και ακύρωσης της προσβαλλόμενης.

31. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

32. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω και των εκτεθέντων υπό σκέψη 13, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή, ήτοι μόνον ως προς το σκέλος της προσβαλλόμενης που αφορά τις Ομάδες 11.1-11.12 του Τμήματος 5 του διαγωνισμού.

33. Επειδή η παρέμβαση θα πρέπει να απορριφθεί.

34. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στη σκέψη 32, 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 εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει τη με αριθμ. πρωτ. 80120/7.10.2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά τα οριζόμενα στο σκεπτικό της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στον προσφεύγοντα ποσού 600 ευρώ.

Αριθμός απόφασης: 1792/2021

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 23 Νοεμβρίου 2021 και εκδόθηκε στις 9 Δεκεμβρίου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ**