

**Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 13 Φεβρουαρίου 2019 με την εξής σύνθεση: Άννα Χριστοδουλάκου Πρόεδρος, Ευαγγελία Μιχολίτση -Εισηγήτρια και Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 10.1.2019 και με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ/29/11-1-2019 Προδικαστική Προσφυγή της προσφεύγουσας εταιρείας «...», με δ.τ. «...», που εδρεύει στην ..., οδός ..., αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται,

Κατά του ν.π.δ.δ. με την επωνυμία «Γενικό Νοσοκομείο...» (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), όπως νομίμως εκπροσωπείται και

Κατά της παρεμβαίνουσας ατομικής επιχείρησης «...», με τον διακριτικό τίτλο «...», με έδρα τη..., οδός ... αρ.... (εφεξής «παρεμβαίνων»), νομίμως εκροσωπουμενης.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η αιτούσα επιδιώκει: α) να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση της Τακτικής Συνεδρίασης 22/19-12-2018 (ΑΔΑ...) του Δ.Σ. του ... Γενικού Νοσοκομείου ... κατά το μέρος που εγκρίνει τα από 19/10/2018 και 05/12/2018 Πρακτικά ελέγχου δικαιολογητικών Συμμετοχής - Τεχνικών Προσφορών, μετά του επισυναπτόμενου στο Πρακτικό Πίνακα βαθμολόγησης που συνιστούν αναπόσπαστο τμήμα του Πρακτικού, αναφορικά με την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας και την αποδοχή της συμμετέχουσας ατομικής επιχείρησης του ... (με δ.τ....), την αξιολόγηση και βαθμολόγηση της Τεχνικής προσφοράς της και την πρόκριση στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού για το Είδος 2° «Δέκα (10) Θερμοκοιτίδες ΕΝΤΑΤΙΚΗΣ Νεογνών», β) να ακυρωθεί κάθε σχετική πράξη, παράλειψη, γνωμοδότηση και απόφαση της Διοίκησης προγενέστερη ή μεταγενέστερη βλαπτική των δικαιωμάτων και συμφερόντων μας που συνεχεται με την στην παρούσα προσβαλλομένη πράξη και γ) να απορριφθεί

Αριθμός απόφασης: 242/2019

η Τεχνική Προσφορά της ετέρας συμμετέχουσας ατομικής επιχείρησης του ... (με δ.τ. ...).

Με την παρέμβαση ο παρεμβαίνων επιδιώκει α) να απορριφθεί η υπό κρίση από 10.01.2019 προδικαστική προσφυγή, β) να διατηρηθεί η ισχύς της υπ' αριθ. υπ' αριθ. 22/19.12.2018 απόφασης του Δ.Σ. του Γενικού Νοσοκομείου ... και γ) να αρθεί, κατ' άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017, η απαγόρευση σύναψης της σύμβασης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια, Ευαγγελία Μιχολίτση

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής έχει καταβληθεί το προσήκον e-παράβολο ύψους 605,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό... , εκτύπωση της ηλεκτρονικής πληρωμής του ως άνω παραβόλου της Τράπεζας Eurobank της 9/1/2019, εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ του e-παραβόλου με αναφορά της δήλωσης κατάστασης παραβόλου «δεσμευμένο»), δεδομένου ότι ο προϋπολογισμός της ομάδας 2 της Διακήρυξης, στην οποία αφορά η υπό εξέταση προσφυγή ανέρχεται στο συνολικό ποσό των 150.000 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή με την υπ' αριθμ. ... Διακήρυξη η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε Ηλεκτρονικό Ανοικτό Διαγωνισμό για την «Προμήθεια Ιατροτεχνολογικού Εξοπλισμού για τις ανάγκες του ΓΝ ...», συνολικού προϋπολογισμού 870.000,00 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής, η οποία εκτιμάται βάσει των οριζομένων στο άρθρο 2.3. παρ. 2.3.1. της Διακήρυξης κριτηρίων, λαμβάνοντας υπόψη το σύνολο των Τεχνικών Προδιαγραφών-Ειδικών Όρων του Παραρτήματος. Επισημαίνεται ότι ο προϋπολογισμός της επίμαχης ομάδας 2 που αφορά «ΘΕΡΜΟΚΟΙΤΙΔΕΣ ΕΝΤΑΤΙΚΗΣ ΝΕΟΓΝΩΝ» (CPV 33190000-8) ανέρχεται στο συνολικό ποσό των 150.000 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

Αριθμός απόφασης: 242/2019

3. Επειδή η προκήρυξη απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 10/9/2018 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ενώ η ως άνω διακήρυξη αναρτήθηκε την 10/9/2018 στο ΚΗΜΔΗΣ (Α.Δ.Α.Μ....) και στο ΕΣΗΔΗΣ και έλαβε αριθμούς Συστήματος ... (συστημικός αριθμός ομάδας ...).

4. Επειδή η προσφεύγουσα και ο παρεμβαίνων έχουν υποβάλει τις με αύξοντα αριθμό 110312 και 110646 προσφορές αντίστοιχα.

5. Επειδή η με αριθμό πρωτ. 306 της 3/1/2019 επιστολή ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής, η οποία κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» την 4/1/2019, αναφέρει αυτολεξεί το εξής «Σας γνωρίζουμε ότι με την απόφαση που έλαβε το Διοικητικό Συμβούλιο του Νοσοκομείου κατά την 22η/19-12-2018 συνεδρίασή του (θέμα 55ο) ΑΔΑ: ... επικυρώθηκαν τα από 19-10-2018 και 5-12-2018 πρακτικά παραλαβής, αποσφράγισης και αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών της επιτροπής αξιολόγησης του διαγωνισμού για την προμήθεια «Ιατροτεχνολογικού Εξοπλισμού για τις ανάγκες του ... μέσω του Ε.Π. Κεντρική Μακεδονία 2014-2020», με αριθμ. διακ.: ... (συστημικός αριθμός...) με τα οποία προτείνεται η απόρριψη της προσφοράς σας και για τους λόγους που αναλυτικά αναφέρονται στο από 5-12-2018 πρακτικό. Η εν λόγω απόφαση και τα πρακτικά βρίσκονται αναρτημένα στην ιστοσελίδα του ΕΣΗΔΗΣ».

6. Επειδή η προσβαλλόμενη απόφαση της Τακτικής Συνεδρίασης υπ' αριθμ. 22/19-12-2018 (ΑΔΑ...) του Δ.Σ. του ... Γενικού Νοσοκομείου ... αναφέρει αντιστοίχως τα κάτωθι : Ως προς το περιεχόμενο του εισηγητικού πρακτικού της αρμόδιας Επιτροπής Διενέργειας διαγωνισμού αναφέρει αυτολεξεί ότι « ... Προχωρήσαμε στον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής των εταιρειών: 1. ... 2...., που κατέθεσαν προσφορά στο ΤΜΗΜΑ 2, συστημικός αριθμός...: «ΘΕΡΜΟΚΟΙΤΙΔΕΣ ΕΝΤΑΤΙΚΗΣ ΝΕΟΓΝΩΝ», εκτιμώμενης αξίας 150.000 € με Φ.Π.Α. 24%, του διαγωνισμού με αριθμ. διακ. ... και διαπιστώσαμε ότι τα δικαιολογητικά συμμετοχής που κατέθεσαν και οι δύο (2) εταιρείες είναι πλήρη, νόμιμα και σύμφωνα με τα ζητούμενα στην υπ ' αριθμ. ... διακήρυξη.

Αριθμός απόφασης: 242/2019

Κατόπιν προχωρήσαμε στην αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών και μετά τη διεξοδική μελέτη τους παρατηρούμε τα εξής: 1. Η εταιρεία..., προσέφερε τις θερμοκοιτίδες Incu I του κατασκευαστικού οίκου..., Ιαπωνία. Α. Στις προδιαγραφές της Διακήρυξης και συγκεκριμένα στην προδιαγραφή 5 της καμπίνας των θερμοκοιτίδων ζητείται «Το στρώμα να είναι διαστάσεων τουλάχιστον 40x60 εκατοστά». Από τον έλεγχο του Φύλλου συμμόρφωσης της εταιρείας προέκυψε ότι το προσφερόμενο στρώμα της καμπίνας έχει διαστάσεις 36.5x65εκ και είναι εκτός των ζητούμενων προδιαγραφών. Βάσει των αναφερθέντων, η προσφορά της εταιρείας..., παρουσιάζει αποκλίσεις από τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης και προτείνουμε την απόρριψή της. 2. Η εταιρεία ... προσέφερε τις θερμοκοιτίδες ... του κατασκευαστικού οίκου..., ΗΠΑ.

Η προσφορά της εταιρείας..., κρίνεται τεχνικά αποδεκτή και προκρίνεται για βαθμολόγηση ως εξής:...[.]. Εν συνεχεία, κατόπιν σχετικής εισήγησης της αρμόδιας Επιτροπής, η αναθέτουσα αρχή αποφασίζει α. την επικύρωση των από 19.10.2018 και 5.12.2018 Πρακτικών παραλαβής, αποσφράγισης και αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών του εν θέματι διαγωνισμού, β. ως προς το επίμαχο τμήμα 2 την απόρριψη των προσφορών της εταιρείας «...» για τους λόγους που αναλυτικά αναφέρονται στο εν λόγω πρακτικό, γ. την αποδοχή των τεχνικών προσφορών του οικονομικού φορέα ..., του οποίου τα δικαιολογητικά συμμετοχής κρίθηκαν πλήρη και σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης και τα προσφερόμενα είδη πληρούν, σύμφωνα με την προσβαλλόμενη απόφαση, τις τεχνικές προδιαγραφές του διαγωνισμού και τέλος δ. την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών του ως άνω αναφερθέντος οικονομικού φορέα».

7. Επειδή η προσφεύγουσα κατέθεσε εμπροθέσμως την 10/1/2019 στον διαδικτυακό τόπο διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή νομίμως υπογεγραμμένη, έχοντας κάνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ/τος 39/2017, την οποία κοινοποίησε στην ΑΕΠΠ αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

8. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας δαπάνης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016

και στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ κι επομένως νομίμως εισάγεται προς εξέταση στο 5^ο Κλιμάκιο.

9. Επειδή η Αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 9 του π.δ 39/2017 κοινοποίησε, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» στις 15/1/2019 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της προσφυγής, ήτοι εν προκειμένω στον παρεμβαίνοντα.

10. Επειδή η προσφεύγουσα ως προσφέρουσα, θεμελιώνει πρόδηλο έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης απόφασης, ως προς το μέρος που αφορά στην απόρριψη της προσφοράς της. Σύμφωνα, δε, με τα προσφάτως κριθέντα (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 408/2018) η διαπλαστική ενέργεια της ακυρωτικής απόφασης της ΑΕΠΠ αποτελεί μία από τις κύριες συνέπειες αυτής και επενεργεί *erga omnes* σε αναδραμόντα χρόνο και, ως εκ του διαπλαστικού της χαρακτήρα, ενεργεί υπέρ και κατά πάντων. Η ακυρωθείσα πράξη θεωρείται ως μηδέποτε εκδοθείσα και κατ' αυτόν τον τρόπο επαναφέρεται αυτοδικαίως η πραγματική και νομική κατάσταση που υπήρχε πριν από την έκδοσή της. Με τη διαπλαστική απόφαση συντελείται η μεταβολή μιας έννομης σχέσης, δημιουργείται μια νέα νομική κατάσταση, το, δε, γεγονός της συντελεσθείσας αυτής νομικής μεταβολής πρέπει, κατά νομοθετική βούληση, να αναγνωρισθεί ως γεγονός αναμφισβήτητο. Το αναγνωριστικό-διαγνωστικό αυτό πόρισμα της ακυρωτικής απόφασης ανευρίσκεται στις αιτιολογίες της απόφασης και μάλιστα αποτελεί «προδικαστικό ζήτημα» του κυρίου ζητήματος, που είναι η ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης. Ως εκ τούτου, με βάση τα κριθέντα στην απόφαση ΕΑ ΣΤΕ 408/2018 (βλ. σκέψη 9) σε περίπτωση, που με απόφαση της ΑΕΠΠ ακυρωθεί η απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας, χωρεί η μετ' εννόμου συμφέροντος προβολή εκ μέρους της προσφεύγουσας και νόμιμη εξέταση εκ μέρους της ΑΕΠΠ των λόγων που βάλλουν κατά της συμμετοχής του έτερου συμμετέχοντος, χωρίς να απαιτείται να εκδοθεί νέα απόφαση της αναθέτουσας αρχής σε συμμόρφωση προς την απόφαση αυτή. Ωστόσο, σχετικά με τους ισχυρισμούς της περί απόρριψης της προσφοράς έτερων προσφερόντων των οποίων οι προσφορές κρίθηκαν αποδεκτές, κατά τα

Αριθμός απόφασης: 242/2019

μέχρι προσφάτως κριθέντα από τη νομολογία, διαγωνιζόμενος ο οποίος νομίμως αποκλείεται – λαμβάνοντας υπόψη και τα ανωτέρω διαλαμβανόμενα - από διαγωνισμό δεν έχει, καταρχήν, έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, καθόσον με τον αποκλεισμό του καθίσταται, ως προς το διαγωνισμό αυτό, τρίτος (βλ. Ε.Α. ΣΤΕ 301/2011, 748/2010, 1317/2009, ΣΤΕ 2817/2008, 1450/2007 και 666/2006). 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 δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, με έννομο συμφέρον προβάλλει ισχυρισμούς αναφερόμενους αποκλειστικώς στην αποδοχή της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, παρά τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ίδιου με εκείνον που απετέλεσε την αιτιολογία αποκλεισμού του (πρβλ. Ε.Α. ΣΤΕ 174/2016, 44/2014, 106/2013, 380/2012, 671/2011, 1156, 329/2010, 246/2009 274/2012 και) (πρβλ. Φ. Αρναούτογλου, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010, 2η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, παρ. 141 σελ. 100 και παρ. 368 σελ. 230). Η, δε, κρινόμενη προδικαστική προσφυγή, κατά το μέρος που στρέφεται κατά κάθε άλλης προγενέστερης ή μεταγενέστερης συναφούς πράξης ή παράλειψης, είναι παντελώς αόριστη και ανεπίδεκτη εκτίμησης και πρέπει για το λόγο αυτό να απορριφθεί ως απαράδεκτη (βλ. ΙΙ Ε. Συν. 3220,3200,2822,2800/2009, 526/2011, 602/2013, 5000/2015, 790/2016).

11. Επειδή σε συνέχεια αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων που σώρευσε η προσφεύγουσα στο έγγραφο της προσφυγής εκδόθηκε η με αριθμό Α21/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ με την οποία αποφασίστηκε η αναστολή της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση της απόφασης της ΑΕΠΠ επί της υπό εξέταση προσφυγής.

12. Επειδή η προσφεύγουσα με την υπό εξέταση προδικαστική υποστηρίζει καταρχήν ως προς την απόρριψη της προσφοράς της τα εξής **«ΑΒΑΣΙΜΗ ΑΠΟΡΡΙΨΗ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΤΗΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ ΜΑΣ**

Η εταιρεία μας προσέφερε θερμοκοιτίδες με στρώμα καμπίνας επιφάνειας μεγαλύτερης της με την διακήρυξη ελάχιστης ζητούμενης επιφάνειας, με αποτέλεσμα να υπερπληροί τις προϋποθέσεις της σχετικής

Αριθμός απόφασης: 242/2019

τεχνικής προδιαγραφής, η περί του αντίθετου, δε, παραδοχή των προσβαλλόμενων, βάσει της οποίας απορρίφθηκε η προσφορά της εταιρείας μας, είναι προφανές ότι δεν είναι σύμφωνη με τον νόμο και την διακήρυξη, διότι δεν υπολογίστηκαν τα 5 επιπλέον εκατοστά που διαθέτει το στρώμα της Θερμοκοιτίδας μοντέλο Incu i, έναντι των προδιαγραφών, στο μήκος (πλάτος) του.

Κατά συνέπεια, η απόρριψη της προσφοράς της εταιρείας μας δεν είναι νόμιμη και πρέπει, για τον λόγο αυτό, οι προσβαλλόμενες αποφάσεις, κατά το μέρος που απορρίπτουν την προσφορά της εταιρείας μας, να ακυρωθούν». Περαιτέρω, αναφέρει, βάλλοντας κατά της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, ότι θα έπρεπε αυτή να απορριφθεί καθόσον ο παρεμβαίνων έχει καταθέσει κατά παράβαση των οικείων όρων της διακήρυξης, τους οποίους επισημαίνει ρητώς, EN- ISO 13485 : 2012 καθώς και το υπ' αρ. 3010001619 EN ISO -9001: 2008, που αφορά την διακίνηση Ιατροτεχνολογικών προϊόντων και το οποίο έχει καταργηθεί ως πρότυπο από τις 15/9/3018 και έχει αντικατασταθεί από το EN –ISO 9001: 2015 (επισυνάπτει συνημμένη επιστολή ΕΣΥΔ). Επίσης, υποστηρίζει ότι ο παρεμβαίνων δεν απαντά στις απαιτήσεις του συνόλου της προδιαγραφής της παραγράφου 11 των τεχνικών προδιαγραφών που αναφέρει ότι απαιτείται «το επίπεδο θορύβου της θερμοκοιτίδος να είναι < από 45 db σε κανονική λειτουργία» και ως εκ τούτου δεν αποδεικνύει την πλήρωση αυτής, καθιστώντας την προσφορά του απορριπτέα. Περαιτέρω, αναφέρει η προσφεύγουσα ως προς τις τεχνικές προδιαγραφές των παραγράφων 9 και 13 (Καμπίνα) σε σχέση με την προσφορά του παρεμβαίνοντος αυτολεξεί τα εξής : «Στην Παράγραφο 9 - ΚΑΜΠΙΝΑ των Τεχνικών Προδιαγραφών απαιτείται «Να διαθέτει δυνατότητα ψηφιακής ρύθμισης της θερμοκρασίας κατά την λειτουργία δέρματος (skin mode control) από 34 έως 37 βαθμών Κελσίου, με επιλογή υπέρβασης ρύθμισης θερμοκρασίας πάνω από 37°C.» Η απάντηση που δίνεται στο φύλλο συμμόρφωσης είναι: «Διαθέτει δυνατότητα ψηφιακής ρύθμισης της θερμοκρασίας κατά την λειτουργία δέρματος (skin mode control) από 35 έως 37 βαθμούς Κελσίου και με επιβεβαίωση του χρήστη μέχρι 37,5 βαθμούς με βήμα 0,1».

Αριθμός απόφασης: 242/2019

Παρ' όλη την διαφορά στην ρύθμιση της θερμοκρασίας δέρματος Νεογνού που ξεκινά από 35° C στην Θερμοκοιτίδα ...αντί των απαιτούμενων 34° C των Τεχνικών Προδιαγραφών, η Επιτροπή αξιολόγησης ουδέν αναφέρει...

Συμπερασματικά και ελλείπει πλήρωσης της απαίτησης της Παραγράφου 9 -Καμπίνα η προσφορά της εταιρείας ... είναι απορριπτέα. Η παραπάνω πλημμύεια ωστόσο εκφεύγει της προσοχής της Επιτροπής Αξιολόγησης, γεγονός που εφ' όσον είχε ληφθεί υπ' όψιν θα οδηγούσε άνευ ετέρου σε απόρριψη της Τεχνικής προσφοράς και όχι σε βαθμολόγηση και πρόκριση της στο στάδιο οικονομικής αξιολόγησης.

4°) Στην Παράγραφο 13- ΚΑΜΠΙΝΑ των Τεχνικών Προδιαγραφών ζητείται «Να υπάρχει η δυνατότητα ενσωμάτωσης ηλεκτρονικού ζυγού στην θερμοκοιτίδα με δυνατότητα απεικόνισης του στην οθόνη της θερμοκοιτίδος και με εύρος μέτρησης από 200γρ. έως 7 kg».

Η απάντηση που δίδεται στο Φύλλο Συμμόρφωσης είναι: «Υπάρχει η δυνατότητα ενσωμάτωσης ηλεκτρονικού ζυγού στη θερμοκοιτίδα με δυνατότητα απεικόνισης του στην οθόνη της θερμοκοιτίδας και με εύρος μέτρησης από 300γρ. έως 8 kg με ανάλυση 5γραμμ....»

Παρ' όλη την διαφορά έναντι των Προδιαγραφών που απαιτούν εύρος μέτρησης από 200γρ. έως 7 kg η Επιτροπή αξιολόγησης ουδέν αναφέρει....».

13. Επειδή στις 18/1/2019 με το με αριθμό πρωτ. 1760/18-1-2019 έγγραφό της, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) τις απόψεις της στην ΑΕΠΠ ως προς την υπό εξέταση προσφυγή προβάλλοντας τις αιτιάσεις της επί της βασιμότητας των λόγων της προσφυγής.

14. Επειδή την 25/1/2019 ο παρεμβαίνων κατέθεσε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού την με αριθμό ΠΑΡ 52/2019 παρέμβασή του δυνάμει του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 παρ. 3, την οποία κοινοποίησε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ αυθημερόν.

15. Επειδή, η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε εμπρόθεσμα, δοθέντος ότι η υπό εξέταση προσφυγή της κοινοποιήθηκε την 15/1/2019, μετ' εννόμου συμφέροντος, καθώς ο παρεμβαίνων έχει υποβάλει δυνάμει της προσβαλλόμενης απόφασης τη μόνη αποδεκτή προσφορά, κατά της οποίας βάλλει η προσφεύγουσα με την υπό εξέταση προσφυγή κι επομένως ασκείται εν γένει παραδεκτώς. Ωστόσο, όσον αφορά το αίτημα της παρέμβασης περί άρσης κατ' άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017, η απαγόρευση σύναψης της σύμβασης – ανεξαρτήτως της παραδεκτής ή μη προβολής του με την παρέμβαση- σε κάθε περίπτωση προβάλλεται σε χρόνο που η ΑΕΠΠ έχει ήδη απολέσει την κατά χρόνο αρμοδιότητα να αποφανθεί επί του αιτήματος προσωρινών μέτρων συμπεριλαμβανομένης της δυνατότητας κρίσης περί άρσης της εκ του νόμου απαγόρευσης σύναψης της επίμαχης σύμβασης δυνάμει του άρθρου 15 παρ. 1 και 3 του ΠΔ 39/2017. Περαιτέρω, απαραδέκτως, προβάλλει ο παρεμβαίνων αιτιάσεις κατά της προσφοράς της προσφεύγουσας, βάλλοντας εμμέσως κατά της αιτιολογίας της προσβαλλόμενης πράξης καθώς, δυνάμει του άρθρου 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016, παρέμβαση ασκείται παραδεκτώς μόνο για τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης. Όπως επικουρικώς προς τα ανωτέρω, εν πάση περιπτώσει άνευ εννόμου συμφέροντος προβάλλονται οι εν λόγω ισχυρισμοί που αφορούν στην αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης (πρβλ.ΣτΕ1086/2005).

16. Επειδή, με τις απόψεις της η αναθέτουσα αρχή αναφέρεται, καταρχήν, στο γεγονός ότι διενεργήθηκαν δύο διαβουλεύσεις επί των τεχνικών προδιαγραφών της επίμαχης διακήρυξης. Εν συνεχεία αναφέρει ότι επί της διακήρυξης του επίμαχου διαγωνισμού η προσφεύγουσα κατάθεσε την από 25-9-2018 Προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ, στρεφόμενη κατά της καμπίνας των «Θερμοκοιτίδων εντατικής νεογνών» μεταξύ των οποίων, δε, και της επίμαχη προδιαγραφής 4 ως εξής «■ στην προδιαγραφή 4: «Το στρώμα να είναι διαστάσεων τουλάχιστον 40 X 60 εκατοστά και να είναι ανακλινόμενο κατά $\pm 12^\circ$. Επίσης, το υλικό να είναι ιδιαίτερης τεχνολογίας, ώστε να εξασφαλίζει την καλύτερη υγιεινή στο δέρμα και άνεση στο νεογνό», αναφέρει ότι, με τη λέξη τουλάχιστον εάν η προσφερόμενη θερμοκοιτίδα διαθέτει στρώμα διαφορετικών διαστάσεων, έστω και με διαφορά χιλιοστών από τις προδιαγραφόμενες στη διακήρυξη, απορρίπτεται, και ζητά την αλλαγή της

προδιαγραφής ως ακολούθως: Το στρώμα να είναι διαστάσεων περίπου 40 X 60 εκατοστά και να είναι ανακλινόμενο κατά $\pm 12^\circ$. Επίσης, το υλικό να είναι ιδιαίτερης τεχνολογίας, ώστε να εξασφαλίζει την καλύτερη υγιεινή στο δέρμα και άνεση στο νεογνό». Με τις με αριθμό 50637/1-10-2018 απόψεις της επί της εν λόγω προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή υποστήριξε ως προς την εν θέματι προδιαγραφή σε συνέχεια σχετικής γνωμοδότησης της επιτροπής σύνταξης τεχνικών προδιαγραφών ότι «■ στην προδιαγραφή 4: «Το στρώμα να είναι διαστάσεων τουλάχιστον 40 X 60 εκατοστά και να είναι ανακλινόμενο κατά $\pm 12^\circ$. Επίσης, το υλικό να είναι ιδιαίτερης τεχνολογίας, ώστε να εξασφαλίζει την καλύτερη υγιεινή στο δέρμα και άνεση στο νεογνό» η αλλαγή που ζητά η εταιρία δε γίνεται δεκτή γιατί το «περίπου» που προτείνει είναι γενικό και θα μπορούσε να είναι πολύ μικρότερο μέγεθος ενώ οι ελάχιστες διαστάσεις που ορίζουν διευκολύνουν τον καλύτερο χειρισμό του νεογνού μέσα στη θερμοκοιτίδα». Με την με αριθμό 848/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ απερρίφθη η εν λόγω προσφυγή της προσφεύγουσας ως απαράδεκτη. Περαιτέρω, αναφερόμενη στην υπό κρίση προσφυγή, η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ειδικώς ως προς την προσφορά της προσφεύγουσας τα εξής «Η Προσφυγή κοινοποιήθηκε με το με αριθ. πρωτ. 1696/11-1-2019 έγγραφο του Νοσοκομείου στην επιτροπή σύνταξης τεχνικών προδιαγραφών, η οποία με το από 161-2019 έγγραφό της (αριθ. πρωτ. εισερχ. εγγράφου 3082/18-1-2019, μας γνωρίζει ότι: Σε απάντηση του ισχυρισμού της προσφεύγουσας ότι είναι αβάσιμη η απόρριψη της προσφοράς της, η επιτροπή αναφέρει ότι η προσφορά της εταιρείας..., απορρίφθηκε διότι το προσφερόμενο στρώμα της καμπίνας έχει διαστάσεις 36.5x65 εκ και ως εκ τούτου δεν καλύπτει την προδιαγραφή 5 της καμπίνας των θερμοκοιτίδων στην οποία ζητείται «Το στρώμα να είναι διαστάσεων τουλάχιστον 40x60 εκατοστά» και αφορά διαστάσεις και όχι εμβαδόν επιφανείας.» Περαιτέρω, συνεχίζει η αναθέτουσα αρχή διατυπώνοντας ισχυρισμούς για την αντίκρουση των προβαλλόμενων λόγων της προσφυγής κατά της προσφοράς του παρεμβαίνοντος.

17. Επειδή, ο παρεμβαίνων αναφέρει αυτολεξεί μεταξύ άλλων ως προς την προσφορά της προσφεύγουσας τα εξής «II. ΛΟΓΟΙ ΠΑΡΕΜΒΑΣΗΣ Α. Παντελώς αβάσιμη η υπό κρίση προσφυγή - Ορθώς απερρίφθη η τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας εταιρείας

1. Καταρχήν το προσφερόμενο είδος (Θερμοκοιτίδα νεογνών) από την προσφεύγουσα εταιρεία..., δεν καλύπτει: την αιτούμενη προδιαγραφή Νο 5 (για το Τμήμα 2 και ειδικώς για το στρώμα της καμπίνας των Θερμοκοιτίδων, βλ. σελ. 73 της Διακήρυξης). Η ανωτέρω προσφορά της ανταγωνίστριας εταιρείας, είναι εκτός τεχνικών προδιαγραφών, επειδή το πλάτος των 36,5 εκατοστών της προσφερόμενης από αυτήν προμήθειας (και ειδικώς του στρώματος της καμπίνας) πρόδηλα δεν ικανοποιεί την τεχνική προδιαγραφή των τουλάχιστον 40 εκατοστών πλάτους διότι υπολείπεται αυτών καθώς $36,5 < 40$.

Περαιτέρω, όμως, η προσφορά της προσφεύγουσας δεν καλύπτει ούτε την Προδιαγραφή 9 (για το Τμήμα 2-Καμπίνα, βλ. σελ. 73 της Διακήρυξης) όπου μεταξύ άλλων απαιτεί πρόβλεψη της επιβεβαίωσης της ρύθμισης για θερμοκρασία πάνω από 37°C (πράγμα το οποίο καλύπτει η εταιρεία μας) ενώ η προσφερόμενη θερμοκοιτίδα ... από την προσφεύγουσα εταιρεία ..., διότι πηγαίνει στους $37,5$ χωρίς όμως επιβεβαίωση μετά τους 37°C όπως η ίδια εξάλλου περιγράφει στο φύλλο συμμόρφωσης της ενώ παράλληλα δεν καλύπτει την Προδιαγραφή 13 (στο ίδιο σημείο του Παραρτήματος, σελ. 74) καθώς το εύρος μέτρησης του προσφερόμενου ηλεκτρονικού ζυγού στη θερμοκοιτίδα ... εκκινά από 300 γραμμ. (και όχι από 200γραμμ.) όπως η Διακήρυξη ρητά προβλέπει παραπομπή ΣΤ στο φύλλο συμμόρφωσης .

2. Επιπλέον των ανωτέρω, η προσφεύγουσα εταιρεία ... δεν πληροί τους όρους που απαιτεί η Διακήρυξη για την γλώσσα της προσφοράς. Συγκεκριμένα η διάταξη του άρθρου 2.1.4 επιτάσσει ρητά: «Οι προσφορές και τα περιλαμβανόμενα σε αυτές στοιχεία συντάσσονται στην ελληνική γλώσσα ή συνοδεύονται από επίσημη μετάφρασή τους στην ελληνική γλώσσα. Στα αλλοδαπά δημόσια έγγραφα και δικαιολογητικά εφαρμόζεται η Συνθήκη της Χάγης της 5ης.10.1961, που κυρώθηκε με το ν. 1497/1984 (Α188) 3. Ειδικά, τα αλλοδαπά ιδιωτικά έγγραφα μπορούν να συνοδεύονται από μετάφρασή τους στην ελληνική γλώσσα επικυρωμένη είτε από πρόσωπο αρμόδιο κατά τις διατάξεις της εθνικής νομοθεσίας είτε από πρόσωπο κατά νόμο αρμόδιο της χώρας στην οποία έχει συνταχθεί το έγγραφο. Τα αποδεικτικά έγγραφα συντάσσονται στην ελληνική γλώσσα ή συνοδεύονται από επίσημη μετάφρασή τους στην ελληνική γλώσσα. Στα αλλοδαπά δημόσια έγγραφα και

Αριθμός απόφασης: 242/2019

δικαιολογητικά εφαρμόζεται η Συνθήκη της Χάγης της 5.10.1961, που κυρώθηκε με το ν. 1497/1984 (Α 188). Ειδικά, τα αλλοδαπά ιδιωτικά έγγραφα μπορούν να συνοδεύονται από μετάφρασή τους στην ελληνική γλώσσα επικυρωμένη είτε από πρόσωπο αρμόδιο κατά τις διατάξεις της εθνικής νομοθεσίας είτε από πρόσωπο κατά νόμο αρμόδιο της χώρας στην οποία έχει συνταχθεί το έγγραφο. Ενημερωτικά και τεχνικά φυλλάδια και άλλα έντυπα - εταιρικά ή μη- με ειδικό τεχνικό περιεχόμενο μπορούν να υποβάλλονται σε άλλη γλώσσα, και να συνοδεύονται από μετάφραση στην ελληνική. Σε περίπτωση ασυμφωνίας μεταξύ των τμημάτων των εγγράφων τεχνικού περιεχομένου που έχουν υποβληθεί και σε άλλη γλώσσα, επικρατεί η ελληνική έκδοση. Κάθε μορφής επικοινωνία με την αναθέτουσα αρχή, καθώς και μεταξύ αυτής και του αναδόχου, θα γίνονται υποχρεωτικά στην ελληνική γλώσσα» (βλ. 13-14 της Διακήρυξης).

Η προσφεύγουσα εταιρεία ... ,όμως, σε αντίθεση με την ανωτέρω απαίτηση της διακήρυξης δεν έχει υποβάλλει νομίμως την προσφορά της καθώς, σημαντικά έγγραφα τεχνικού περιεχομένου της προφοράς της, και ειδικότερα: τα τεχνικά φυλλάδια, prospectus (08a-PROSPECTUS 1 INCU i, 08b-PROSPECTUS 2 INCU i), απόσπασμα εγχειριδίου χρήστη (08c-ΑΠΟΣΠΑΣΜΑ OPERATION MANUAL INCU i) στα οποία γίνονται οι παραπομπές είναι συνταγμένα στην Αγγλική γλώσσα και όχι στην Ελληνική και δεν συνοδεύονται από επίσημη μετάφρασή τους στην Ελληνική, όπως ρητά απαιτείται από τη Διακήρυξη κατά τα ανωτέρω.

Κατά συνέπεια δεν πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές η υποβληθείσα από την προσφεύγουσα εταιρεία ... και νομίμως απερρίφθη.

Εξάλλου, σύμφωνα με τις διατάξεις της Διακήρυξης 2.4., 24.1, 2.4.6 καθορίζονται ρητά τα ακόλουθα: «2.4 Κατάρτιση - Περιεχόμενο Προσφορών
2.4.1 Γενικοί όροι υποβολής προσφορών. Οι προσφορές υποβάλλονται με βάση τις απαιτήσεις που ορίζονται στο Παράρτημα I και II της Διακήρυξης, για το σύνολο της προκηρυχθείσας ποσότητας της προμήθειας ανά τμήμα.
2.4.2.5. 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 απαιτούμενα δικαιολογητικά και η τεχνική προσφορά σύμφωνα με τις διατάξεις

της κείμενης νομοθεσίας και την παρούσα. 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: «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...» (βλ. σελ. 29,30,40,41 Διακήρυξης). Β. ΟΣΟΝ ΑΦΟΡΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΠΟΡΡΙΨΗΣ ΤΗΣ ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΕΥΓΟΥΣΑΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ

Η Αναθέτουσα Αρχή απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας εταιρείας διότι η προσφορά της εταιρείας αυτής (ΓΙΑ ΤΟ ΤΜΗΜΑ 2: «ΘΕΡΜΟΚΟΙΤΙΔΕΣ ΕΝΤΑΤΙΚΗΣ ΝΕΟΓΝΩΝ», όπως καθορίζονται στο Παράρτημα ΙΙ της Διακήρυξης), παρουσιάζει αποκλίσεις από τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης [βλ. σελ. 9 της υπ' αριθ. 22/19.12.2018 απόφασης του Δ.Σ. (θέμα 55ο)].

Συγκεκριμένα στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι της διακήρυξης (σελ.64) για τις απαιτήσεις και τις τεχνικές προδιαγραφές ανά Τμήμα γίνεται ρητή παραπομπή στο Παράρτημα ΙΙ αυτής, όπου τιτλοφορείται «ΕΙΔΙΚΗ ΣΥΓΓΡΑΦΗ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΩΝ-ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ- ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ» και στο οποίο για το Τμήμα 2 [ΔΕΚΑ (10) ΘΕΡΜΟΚΟΙΤΙΔΕΣ ΕΝΤΑΤΙΚΗΣ ΝΕΟΓΝΩΝ-ΘΕΡΜΟΚΟΙΤΙΔΕΣ ΕΝΤΑΤΙΚΗΣ ΝΟΣΗΛΕΙΑΣ ΝΕΟΓΝΩΝ ΚΛΕΙΣΤΟΥ ΤΥΠΟΥ] καθορίζεται ρητά για την Καμπίνα των θερμοκοιτίδων και η εξής προδιαγραφή υπ' αριθ. 5 «5. Το στρώμα να είναι διαστάσεων τουλάχιστον 40 X 60 εκατοστά...» (βλ. Σελ.73 της Διακήρυξης). Συνεπώς, η τεχνική αυτή προδιαγραφή της διακήρυξης, απαιτεί ρητά στρώμα «τουλάχιστον 40 x 60 εκατοστά», όπου η μικρή διάσταση (40) είναι το πλάτος και η μεγάλη (60) είναι το μήκος. Κατά τη διακήρυξη δηλαδή, απαιτείται το στρώμα της Καμπίνας να έχει πλάτος τουλάχιστον 40 εκατοστών, ως το απαιτούμενο *minimum* που πρέπει να καλύπτει η προσφερόμενη προμήθεια (για την ενδεχόμενη φιλοξενία διδύμων στην θερμοκοιτίδα).

Ωστόσο, από τον έλεγχο του Φύλλου συμμόρφωσης της προσφεύγουσας εταιρείας ..., προέκυψε ότι το προσφερόμενο από αυτήν στρώμα της καμπίνας έχει διαστάσεις 36.5x65εκ και επομένως είναι εκτός των ζητούμενων προδιαγραφών, επειδή το πλάτος των 36,5 εκατοστών της

Αριθμός απόφασης: 242/2019

προσφερόμενης προμήθεια πρόδηλα δεν ικανοποιεί αυτή την τεχνική προδιαγραφή, διότι υπολείπεται του ελαχίστου πλάτους των 40 εκατοστών. Για το λόγο αυτό, η Αναθέτουσα ορθά απεφάνθη απορριπτικά για την προσφορά της προσφεύγουσας εταιρείας, με την αιτιολογία ότι το προσφερόμενο στρώμα της καμπίνας έχοντας διαστάσεις 36.5x65εκ είναι εκτός των ζητούμενων προδιαγραφών, καθώς παρουσιάζει αποκλίσεις από τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης.

Τα δε αορίστως προβαλλόμενα από την προσφεύγουσα εταιρεία (βλ. Σελ. 4, 5 της προσφυγής της) περί των διαστάσεων και της επιφάνειας (εμβαδόν) στρώματος είναι εντελώς αβάσιμα και αναιτιολόγητα διότι για την τεχνική προδιαγραφή (Παράρτημα II, Τμήμα 2, παράγραφος 5), ήτοι για τις διαστάσεις του στρώματος είναι σαφείς οι προβλέψεις της Διακήρυξης κατά τα ανωτέρω χωρίς να επιδέχονται οιαδήποτε άλλη αυθαίρετη ερμηνεία (περί τάχα επιφάνειας ή εμβαδού) για τα οποία δεν γίνεται λόγος στη Διακήρυξη, δεδομένου ότι δεν χρησιμοποιούνται καν οι όροι “εμβαδόν” ή και “επιφάνεια” για το Τμήμα αυτό. Κατά συνέπεια η ερμηνεία στην οποία προβαίνει η εταιρεία είναι προφανώς αυθαίρετη και αβάσιμη.

Περαιτέρω, όλοι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι, καθώς η διακήρυξη αποτελεί κανονιστική διοικητική πράξη και όλοι οι όροι της είναι δεσμευτικοί τόσο για τους διαγωνιζόμενους όσο και για τις αναθέτουσες αρχές [Αποφ. (πρώην) ΠΕΚ της 25.3.2004, ArminPetrich κατά Επιτροπής T-145/02, σκέψη 34, 23.1.2002, T-386/00 Goncalves κατά Κοινοβουλίου, Συλ. Υπ. 2002, σ. I-A-13 και II-55, σκέψη 73, ΣτΕ 1945/2001, 3388/1997, 2878/1997, 3797/1996, 3760/1992, 3692/1989, 2772/1986, 1534, 2468/1982, 2992/1983, ΕΣ 1/2008, ΕΑ ΣτΕ 516/2003, 512/2004]. Σύμφωνα δε με την αρχή της τυπικότητας, όλοι οι όροι της διακήρυξης είναι στο σύνολό τους δεσμευτικοί και απαραβάτοι, ειδικώς όταν επισημαίνεται αυτοτελώς ότι κάποιος όρος της διακήρυξης έχει τεθεί επί ποινή απαραδέκτου, όπως εν προκειμένω βάσει των όρων 7 παρ. 2 και 7 παρ. 3 της διακήρυξης. Τούτο αποτελεί έκφανση της αρχής της τυπικότητας που διέπει την διενέργεια των δημοσίων διαγωνισμών και, ιδίως, τον τρόπο σύνταξης των προσφορών, αποσκοπεί δε στην ύπαρξη διαφάνειας κατά την διεξαγωγή του διαγωνισμού και, ειδικότερα, στην αποφυγή αοριστιών (πρβλ.

ΣτΕ 3687/2004), η μη συμμόρφωση δε με όρο της διακήρυξης που έχει ρητώς τεθεί επί ποινή απαραδέκτου αποτελεί αυτομάτως λόγο αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

Κατ' ακολουθία, η τεχνική προσφορά που κατέθεσε η προσφεύγουσα παραβιάζει ρητούς και σαφείς όρους της διακήρυξης εξ αυτού του λόγου δε ορθώς απορρίφθηκε και συνεπώς ορθώς η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας εταιρείας». Εν συνεχεία προβαίνει ο παρεμβαίνων σε παράθεση της αντίκρουσής της επί της προβαλλόμενων λόγων της προσφεύγουσας, που βάλλουν κατά της προσφοράς του.

18. Επειδή το άρθρο 18 με τίτλο «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» προβλέπει τα εξής στην παρ. 1 : «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.

Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων.

Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων».

19. Επειδή το άρθρο 53 με τίτλο «Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης» προβλέπει στην παρ. 1 τα εξής «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών».

20. Επειδή το άρθρο 54 με τίτλο «Τεχνικές προδιαγραφές» προβλέπει τα κάτωθι « 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

Αριθμός απόφασης: 242/2019

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 ενδεδειγμένο μέσο, συμπεριλαμβανομένων των αποδεικτικών μέσων που αναφέρονται στο άρθρο 56, ότι οι λύσεις που προτείνει πληρούν κατά

Αριθμός απόφασης: 242/2019

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 ενδεδειγμένο 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.

[...]

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».

21. Επειδή το άρθρο 91 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Λόγοι απόρριψης προσφορών» προβλέπει το εξής: «1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά:

Αριθμός απόφασης: 242/2019

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.

γ) Για την οποία ο προσφέρων δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με το άρθρο 102.

δ) Η οποία είναι εναλλακτική προσφορά, αν τέτοια δεν επιτρέπεται ή, αν επιτρέπεται, δεν πληροί τις ελάχιστες απαιτήσεις των εγγράφων της σύμβασης.

ε) Η οποία υποβάλλεται από έναν προσφέροντα που έχει υποβάλει δύο ή περισσότερες προσφορές εκτός αν επιτρέπεται η υποβολή εναλλακτικής προσφοράς. Ο περιορισμός αυτός ισχύει, υπό τους όρους της περίπτωσης γ' της παραγράφου 4 του άρθρου 73 και στην περίπτωση ενώσεων οικονομικών φορέων με κοινά μέλη, καθώς και στην περίπτωση οικονομικών φορέων που συμμετέχουν είτε αυτοτελώς είτε ως μέλη ενώσεων.

στ) Προσφορά υπό αίρεση.

ζ) Στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου, μελέτης ή παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών στις περιπτώσεις α' και β' της παρ. 2 του άρθρου 95.

η) Στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης προμηθειών ή γενικών υπηρεσιών, προσφορά η οποία θέτει όρο αναπροσαρμογής, χωρίς αυτό να προβλέπεται από τα έγγραφα της σύμβασης ή, εφόσον στα έγγραφα της σύμβασης προβλέπεται η κατάθεση δειγμάτων, η μη προσήκουσα κατάθεση τους.

2. Η παράγραφος 1 εφαρμόζεται αναλόγως στο πλαίσιο της διαδικασίας αξιολόγησης των αιτήσεων συμμετοχής στην κλειστή διαδικασία, τη διαδικασία του ανταγωνιστικού διαλόγου, στην ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση ή στη σύμπραξη καινοτομίας».

22. Επειδή, οι σχετικοί όροι της διακήρυξης ειδικά ως προς το λόγο απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας αναφέρουν αυτολεξεί « ι) 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 «Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων-Τεχνικές προδιαγραφές- Ειδικοί Όροι» 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.

Ο επιμέρους φάκελος της τεχνικής προσφοράς θα περιέχει τα παρακάτω στοιχεία:

1. Πίνακα περιεχομένων (ευρετήριο) με τα στοιχεία του φακέλου τεχνικής προσφοράς.
2. Πλήρη αναλυτική «Τεχνική Περιγραφή» στην ελληνική γλώσσα για τον προσφερόμενο εξοπλισμό.
3. Πλήρες «ΦΥΛΛΟ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ» το οποίο είναι προτυπωμένο και περιέχεται στο Παράρτημα III της απόφασης διακήρυξης.

Το φύλλο συμμόρφωσης έχει αναρτηθεί και σε επεξεργάσιμη μορφή αρχείου .doc, στη διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr του ΕΣΗΔΗΣ και αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης. Ο διαγωνιζόμενος οφείλει να συμπληρώσει όλα τα πεδία των στηλών ΑΠΑΝΤΗΣΗ ΥΠΟΨΗΦΙΟΥ και ΠΑΡΑΠΟΜΠΗ του ΦΥΛΛΟΥ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ όπου αντίστοιχα : α) θα απαντήσει αναλυτικά ακολουθώντας την σειρά και συμπληρώνοντας όλα τα αντίστοιχα πεδία της στήλης ΑΠΑΝΤΗΣΗ με αναλυτική περιγραφή, πληρότητα και τεκμηρίωση και ιδίως στα σημεία του εκείνα που αναγράφεται «να δοθεί», «να αναφερθεί», «να δοθούν τιμές προς αξιολόγηση», «να δοθούν χαρακτηριστικά» κλπ ώστε να γίνει πλήρης αξιολόγηση από την Αναθέτουσα Αρχή και β) θα συμπληρώσει όλα τα αντίστοιχα πεδία της στήλης ΠΑΡΑΠΟΜΠΗ όπου θα αναφέρει την σελίδα / σελίδες της φακέλου τεχνικής προσφοράς όπου ανευρίσκεται η αντίστοιχη αναλυτική περιγραφή και η τεκμηρίωση.

Περισσότερες οδηγίες συμπλήρωσης του Φύλλου Συμμόρφωσης Τεχνικών Προδιαγραφών δίδονται στο Παράρτημα III της παρούσης διακήρυξης.

4. Επίσημα τεχνικά φυλλάδια.

[...]» ii) 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), 2.4.4. (Περιεχόμενο φακέλου οικονομικής προσφοράς, τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών) , 2.4.5. (Χρόνος ισχύος προσφορών), 3.1. (Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών), 3.2 (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου) της παρούσας,

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 παρούσας διακήρυξης,

γ) για την οποία ο προσφέρων δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσας και το άρθρο 102 του ν. 4412/2016,

δ) η οποία είναι εναλλακτική προσφορά,

ε) η οποία υποβάλλεται από έναν προσφέροντα που έχει υποβάλλει δύο ή περισσότερες προσφορές Ο περιορισμός αυτός ισχύει, υπό τους όρους της παραγράφου 2.2.3.3 περ. γ της παρούσας (περ. γ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016) και στην περίπτωση ενώσεων οικονομικών φορέων με κοινά μέλη, καθώς και στην περίπτωση οικονομικών φορέων που συμμετέχουν είτε αυτοτελώς είτε ως μέλη ενώσεων,

ζ) η οποία είναι υπό αίρεση,

η) η οποία θέτει όρο αναπροσαρμογής,

θ) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσας διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους

όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης». iii) Στο Παράρτημα II-Ειδική συγγραφή υποχρεώσεων - Τεχνικές Προδιαγραφές – Ειδικοί Όροι αναφέρεται «...ΚΑΜΠΙΝΑ ..[...] 5. Το στρώμα να είναι διαστάσεων τουλάχιστον 40 X 60 εκατοστά και να είναι ανακλινόμενο κατά $\pm 12^\circ$. Επίσης, το υλικό να είναι ιδιαίτερης τεχνολογίας, ώστε να εξασφαλίζει την καλύτερη υγιεινή στο δέρμα και άνεση στο νεογνό»..[.]. Η αυτή απαίτηση ενσωματώνεται στο οικείο φύλλο συμμόρφωσης (Παράρτημα III).

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) της διακήρυξης, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

24. Επειδή, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας που διέπει την διαδικασία της αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, 111/2006, 597/2007 κ. ά.) δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων ή πλήρωσης συγκεκριμένων προδιαγραφών που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

25. 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).

Αριθμός απόφασης: 242/2019

26. Επειδή οι όροι των τεχνικών προδιαγραφών είναι απαραίτατοι και η απόκλιση των προσφορών από αυτές συνεπάγεται τον αποκλεισμό τους, εκτός εάν ορισμένες προδιαγραφές είναι σύμφωνα με ρητή πρόβλεψη της διακήρυξης προαιρετικές (ΣΤΕ ΕΑ 192/2012, 291/2011, ΕΣ Τμ. Μείζ.-Επταμ. 2446/2012, Γνωμ. ΝΣΚ 521/2011).

27. Επειδή, είναι θεμιτός και σύμφωνος με την αρχή της τυπικότητας, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης ο αποκλεισμός υποψηφίου λόγω μη τήρησης υποχρεώσεων που απορρέουν από τα σχετικά με τη διαδικασία έγγραφα και την ισχύουσα εθνική νομοθεσία καθόσον είναι σαφής (βλ. εξ αντιδιαστολής Απόφαση Pirro Pizzo, C-27/2015 της 2ας Ιουνίου 2016, σκέψη 51, όπου κρίθηκε ότι δεν επιτρέπεται ο αποκλεισμός οικονομικού φορέα από διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, λόγω μη τήρησης από τον φορέα αυτόν υποχρεώσεως η οποία δεν προκύπτει ρητώς από τα σχετικά με τη διαδικασία αυτή έγγραφα ή από την ισχύουσα εθνική νομοθεσία, αλλά από την ερμηνεία της εν λόγω νομοθεσίας και των εν λόγω εγγράφων, καθώς και από την εκ μέρους των εθνικών διοικητικών αρχών και των εθνικών δικαστηρίων συμπλήρωση των κενών των εγγράφων και της νομοθεσίας).

28. Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον 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 και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C 496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C 538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, Επιτροπή κατά Δανίας, C 243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C 87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51,

Αριθμός απόφασης: 242/2019

της 18ης Οκτωβρίου 2001, SIAC Construction, C 19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, Μηχανική, C 213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, MT Højgaard και Züblin, C 396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C 87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, Universale-Bau, C 470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C 538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

29. Επειδή, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36) οπότε οιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εν θέματι προσφοράς (βλ. σχετικές αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, Archus and Gama, C-131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36).

30. Επειδή, δέσμια αρμοδιότητα υπάρχει, όταν το διοικητικό όργανο, εφόσον διαπιστώσει ότι συντρέχουν οι προβλεπόμενες από τους κανόνες δικαίου πραγματικές ή νομικές προϋποθέσεις για την εφαρμογή τους, είναι υποχρεωμένο να εκδώσει διοικητική πράξη που περιέχει ορισμένη ατομική ρύθμιση, την οποία προκαθορίζουν οι κανόνες αυτοί (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 1ος τόμος, 15η έκδοση σελ. 138). Συνεπώς, αν η δημόσια διοίκηση δεν ενεργήσει – όταν ο νόμος απαιτεί ενέργεια- παρανομεί (Α. Ι. Τάχος, *Ελληνικό διοικητικό δίκαιο*, 5η έκδοση, ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΣΑΚΚΟΥΛΑ, ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗ, 1996, σελ. 319).

31. Επειδή η αρχή της χρηστής διοίκησης επιβάλλει στα διοικητικά όργανα να ασκούν τις αρμοδιότητές τους σύμφωνα με το αίσθημα δικαίου που επικρατεί, ώστε κατά την εφαρμογή των σχετικών διατάξεων να αποφεύγονται οι ανεπιεικείς και απλώς δογματικές ερμηνευτικές εκδοχές και να επιδιώκεται η προσαρμογή των κανόνων δικαίου προς τις επικρατούσες κοινωνικές και οικονομικές συνθήκες και απαιτήσεις (Ε. Π. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟΣ, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Τόμος 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2010, σελ. 96).

32. Επειδή τυχόν ασάφειες ή πλημμέλειες των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζομένων, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών και θα πρέπει να παρέχεται και σε αυτούς, οι οποίοι βλάπτονται από την ασάφεια ή την πλημμέλεια αυτή, η δυνατότητα να συμπληρώσουν την τυχόν ελαττωματική προσφορά τους (ΕΑ ΣΤΕ 423/2011, 424/2011, 425/2011). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται σε βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ 1959/1970, Αρμ. 1970, σελ. 1111, Εφ.Θεσ. 501/87, ΕΔημ.Εργ. 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, *Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο*, έκδοση θ', Σάκκουλας, σελ. 776).

33. Επειδή ως διδάγματα της κοινής πείρας θεωρούνται γενικές αρχές που συνάγονται επαγωγικά από την καθημερινή παρατήρηση της εμπειρικής πραγματικότητας, τη συμμετοχή στις συναλλαγές και τις γενικές τεχνικές ή επιστημονικές γνώσεις, οι οποίες έχουν γίνει κοινό κτήμα και χρησιμοποιούνται από το δικαστήριο για την εξειδίκευση των αορίστων νομικών εννοιών και για έμμεση απόδειξη κρίσιμων γεγονότων, ή την εκτίμηση της αποδεικτικής αξίας των αποδεικτικών μέσων, που προσκομίστηκαν (ΟΛΑΠ 8/2005, ΣΤΕ 414/2006, ΔεΦ Θεσ. 2632/2015).

34. Επειδή, με βάση την γραμματική ερμηνεία του εν θέματι όρου, ο οποίος είναι σαφής, προκύπτει αδιαμφισβήτητα ότι το επίρρημα «τουλάχιστον» αφορά τις τιθέμενες διαστάσεις 40 X 60 ως ρητώς αναφέρεται, άλλωστε, στον οικείο όρο, ήτοι αφορά έκαστη ορισθείσα αριθμητική συνιστώσα, γεγονός άλλωστε που συνηγορεί και με την τελολογική ερμηνεία του οικείου όρου, ήτοι συνάδει με τον σκοπό χρήσης του στρώματος, ως ορθώς επισημαίνει ο παρεμβαίνων.

35. Επειδή, προς επίρρωση της ως άνω ερμηνείας, δέον είναι να επισημανθεί ότι η αληθής έννοια του όρου και το γεγονός ότι αυτή η ερμηνεία είναι γνωστή και στην προσφεύγουσα, έχει επιβεβαιωθεί από το περιεχόμενο της από 25/9/2018 προδικαστικής προσφυγής της ίδιας και τις σχετικές απόψεις της αναθέτουσας αρχής. Ειδικώς, αναφέρεται ότι στη σελίδα 6 της ως άνω αναφερθείσας προσφυγής κατά του επίμαχου όρου της διακήρυξης, η οποία απερρίφθη ως απαράδεκτη, η προσφεύγουσα είχε αναφέρει «Α) Προδιαγραφή 4: Το στρώμα να είναι διαστάσεων τουλάχιστον 40Χ60 εκατοστά και να είναι ανακλινόμενο κατά ± 12 : Επίσης, το υλικό να είναι ιδιαίτερης τεχνολογίας, ώστε να εξασφαλίζει την καλύτερη υγιεινή στο δέρμα και άνεση στο νεογνό». Με την λέξη τουλάχιστον εάν η προσφερόμενη θερμοκοιτίδα διαθέτει στρώμα διαφορετικών διαστάσεων, έστω και με διαφορά χιλιοστών από τις προδιαγραφόμενες στη διακήρυξη απορρίπτεται». Καθίσταται, επομένως, σαφές ότι και η ίδια η προσφεύγουσα αντιλαμβάνεται την εν θέματι αναφορά και εν γένει τεχνική προδιαγραφή ως υποχρεωτική με γνώμονα τις διαστάσεις και όχι το εμβαδόν του στρώματος. Συνακόλουθα, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι καλύπτει την τιθέμενη προδιαγραφή, ερειδόμενος επί της εσφαλμένης παραδοχής ότι η λέξη « τουλάχιστον» αφορά το συνολικό εμβαδόν ή την επιφάνεια του στρώματος της καμπίνας, παρίσταται αβάσιμος καθώς δεν έχει έρεισμα στην ρητή αναφορά του οικείου όρου, η οποία, άλλωστε, είναισε κάθε περίπτωση και η μόνη ορθή ερμηνεία της προδιαγραφής με βάση τα διδάγματα της κοινής πείρας.

36. Επειδή, περαιτέρω, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσφοράς του παρεμβαίνοντος υποστηρίζοντας την μη πλήρωση έτερων τεχνικών προδιαγραφών και απαιτήσεων της διακήρυξης, υποστηρίζοντας ότι σε κάθε περίπτωση και ανεξαρτήτως αποδοχής του λόγου απόρριψης της προσφοράς της, έχει εμφιλοχωρήσει άνιση μεταχείριση των διαγωνιζομένων και επιβάλλεται η απόρριψη της προσφοράς του παρεμβαίνοντος στα πλαίσια της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης.

37. Επειδή, με βάση και τα υπό σκέψη 10 ανωτέρω διαλαμβανόμενα, στοιχειοθετείται εφαρμογή του ενιαίου μέτρου κρίσης, εφόσον προβάλλει παραδεκτως η προσφεύγουσα ότι προσφορά έτερου συμμετέχοντος έγινε δεκτή παρόλο που παρουσίαζε τα αυτά ακριβώς προβλήματα με την

Αριθμός απόφασης: 242/2019

προσφορά της ίδιας: για παράδειγμα, έγινε δεκτή τεχνική προσφορά παρόλο που εμφανίζει την ίδια απόκλιση από τις προδιαγραφές της διακήρυξης, εξ αιτίας της οποίας απορρίφθηκε η δική της τεχνική προσφορά (ΣΤΕ 1265/2011, ΕΑ 352/2011, 1156/2010, 246/2009, 569, 932/2008, 43, 717, 1319/2007, 1051/2006, 351, 508/2004). Διευκρινίζεται ότι κρίσιμο εν προκειμένω είναι εάν χώρησε διαφορετική εκτίμηση των αυτών πλημμελειών των προσφορών και όχι αν διαφορετικές πλημμέλειες αφορούν στο ίδιο, εν γένει, ζήτημα (ΕΑ 274/2012). Σε κάθε περίπτωση, ο σχετικός λόγος πρέπει να είναι ο ίδιος και όχι ανάλογος ή παρόμοιος (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 311, 1132/2009, Φίλης Αρναούτογλου, *Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του Ν. 3386/2010*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, σελ. 100).

38. Επειδή, εν προκειμένω, ως προελέχθη, οι επικαλούμενες πλημμέλειες της προσφοράς του παρεμβαίνοντος αφορούν σε διαφορετικούς όρους της διακήρυξης από τον όρο – τεχνική προδιαγραφή που οδήγησε στην απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας. Δεν υφίσταται, επομένως, διαφορετική αξιολόγηση προσφορών με την ίδια πλημμέλεια, κατά παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και ως εκ τούτου δεν χωρεί νομίμως εφαρμογή του ενιαίου μέτρου κρίσης. Συνιστά, δε, έτερο ζήτημα η διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, βάσει της αρχής της νομιμότητας, να ανακαλέσει – εφόσον κρίνει ότι συντρέχουν οι προϋποθέσεις – τυχόν παράνομη ατομική διοικητή πράξη (βλ. ΣΤΕ 4026/2008).

39. Επειδή, όλως επικουρικώς, ακόμη και εάν ήθελε εκτιμηθεί η δυνατότητα επιδίωξης ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας, σε ένα σχετικά πρώιμο στάδιο (αξιολόγηση τεχνικών προσφορών), με σκοπό την εκκίνηση νέας ταυτόσημης διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης, με στόχευση την ανάληψη της εν λόγω προμήθειας {βλ. αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΕ), όπου ερμηνεύοντας τις ισχύουσες ρυθμίσεις της Οδηγίας 89/665 [με τις αποφάσεις του της 2.7.2013 και 5.4.2016 αντιστοίχως, επί των υποθέσεων C-100/12 «Fastweb SpA» και C-689/13 «Puligienica Facility Esco SpA» (PFE)], ταυτόσημες με τις εν προκειμένω εφαρμοστέες της ειδικής Οδηγίας 92/12 (L 76), αλλά και αυτές τούτες τις ρυθμίσεις της Οδηγίας 92/12 [απόφασή του της 11.5.2017, επί της

Αριθμός απόφασης: 242/2019

υποθέσεως C-131/16, «Archus sp.z. o.o και Gama Jacek Lipik»), έκρινε ρητώς ότι το έννομο συμφέρον «ενδιαφερομένου» [άρθρο 2α παρ. 2 εδ. γ΄ στις δύο Οδηγίες] είναι δυνατόν να συνίσταται και στην ματαίωση της διαδικασίας, ώστε να κινηθεί νέα διαδικασία συνάψεως συμβάσεως και ΕΑ ΣΤΕ 22/2018 αντίστοιχα} καταρχήν η εν λόγω προσφεύγουσα ουδέν σχετικό αναφέρει προς απόπειρα θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντός της ως προς τις αιτιάσεις της κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, δεδομένου ότι ούτε από τις διατάξεις του εθνικού δικαίου ούτε από τις αντίστοιχες διατάξεις του ενωσιακού δικαίου σχετικά με το έννομο συμφέρον διαγωνιζομένων κατά το προσυμβατικό στάδιο και τη σχετική νομολογία του Δ.Ε.Ε. αναγνωρίζεται γενικό έννομο συμφέρον ακόμη και στον μη οριστικώς αποκλεισθέντα διαγωνιζόμενο να ενεργεί ως 'μοχλός του αντικειμενικού ελέγχου νομιμότητας του διαγωνισμού' και εγγυητής της διαφάνειας αυτού όταν έχει απομείνει ένας μόνο διαγωνιζόμενος (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 106/2018). Επομένως, στερείται, εν πάση περιπτώσει, εννόμου συμφέροντος η προσφεύγουσα να στραφεί κατά της προσφοράς του παρεμβαίνοντος. Περαιτέρω, ακόμη και εάν είχε στραφεί κατά της εν λόγω προσφοράς επί τη βάση της ματαίωσης και επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού στο παρόν στάδιο αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών, έννομο συμφέρον προς ματαίωση του διαγωνισμού από συμμετέχοντα θα μπορούσε να νοηθεί μόνο υπό την έννοια της επιδίωξης επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού με τους αυτούς ακριβώς όρους, επί τω τέλει ανάδειξης αυτού ως αναδόχου. Ως προκύπτει, ωστόσο, από την πορεία του εν θέματι διαγωνισμού, ήτοι τις ασκηθείσες προσφυγές και δη τις παραδοχές της προσφεύγουσας στην πρώτη εξ αυτών σε συνδυασμό με το περιεχόμενο της προσφοράς της και τους με την υπό κρίση προσφυγή προβαλλόμενους σχετικώς ισχυρισμούς, αλυσιτελώς προβάλλονται λόγοι κατά της συμμετοχής του παρεμβαίνοντος εφόσον δυνάμει της οικείας προσφοράς, άλλως του προϊόντος που δύναται - κατά την εκτίμηση των ως άνω - να προσφέρει η προσφεύγουσα βάσει των οικείων όρων της διακήρυξης, δεν είναι δυνατή η ανάθεση της εν θέματι σύμβασης, ως έχει, σε αυτήν (βλ. Ε. Παυλίδου, «οι αλυσιτελείς αιτήσεις ακυρώσεως του ΣΤΕ», ΕΔΔ, 2 2015, σελ. 249).

40. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

Αριθμός απόφασης: 242/2019

41. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

42. Επειδή, η παρέμβαση πρέπει να γίνει δεκτή.

42. Επειδή κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 του Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου της προσφεύγουσας.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 13 Φεβρουαρίου 2019 και εκδόθηκε στις 5 Μαρτίου 2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Άννα Χριστοδουλάκου

Χρήστος Κάτρης