

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7° ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 21 Μαΐου 2020 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Σειραδάκης Πρόεδρος και Εισηγητής, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 14.04.2020 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 456/14.04.2020 της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «» που εδρεύει στον, οδός, αρ., Τ.Κ., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του «» (εφεξής αναθέτουσα αρχή) και

Της παρεμβαίνουσας Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «» που εδρεύει στον,, αρ.&, Τ.Κ., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την Προδικαστική Προσφυγή, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η Απόφαση (Απόσπασμα Πρακτικών της από 20.03.2020 Συνεδρίασης, Θέμα Α50) του Διοικητικού Συμβουλίου του (ΑΔΑ:), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του με αριθμό πρωτοκόλλου/08.01.2020 Πρακτικού επί των δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών και του με αριθμό πρωτοκόλλου/16.01.2020 Πρακτικού οικονομικής αξιολόγησης της Επιτροπής του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που η προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «» και ήδη παρεμβαίνουσας, έγινε αποδεκτή και ανακηρύχθηκε αυτή προσωρινή ανάδοχος για το είδος με α/α 5 του διαγωνισμού.

Με την ασκηθείσα παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα αιτείται να γίνει δεκτή η παρέμβασή της, να απορριφθεί η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή και να διατηρηθεί σε ισχύ η Απόφαση (Απόσπασμα Πρακτικών της από 20.03.2020 Συνεδρίασης, Θέμα Α50) του Διοικητικού Συμβουλίου του (ΑΔΑ:), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του με αριθμό πρωτοκόλλου/08.01.2020 Πρακτικού επί των δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών και του με αριθμό πρωτοκόλλου/16.01.2020 Πρακτικού οικονομικής αξιολόγησης της Επιτροπής του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που η προσφορά της παρεμβαίνουσας, έγινε αποδεκτή και ανακηρύχθηκε αυτή προσωρινή ανάδοχος για το είδος με α/α 5 του διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, το «» ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Ανοιχτό Δημόσιο Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό, με Αριθμό Διακήρυξης και αριθμό πρωτοκόλλου Διακήρυξης και Αριθμό Συστήματος Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Διαγωνισμών (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), η οποία αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 16.10.2019, με μοναδικό κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.), με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει της τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου για την «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΘΕΤΗΡΩΝ ΠΑΡΟΧΕΤΕΥΣΗΣ» (CPV), συνολικού προϋπολογισμού εκατόν δεκατεσσάρων χιλιάδων ενενήντα ευρώ (114.090,00 €) χωρίς Φ.Π.Α., ήτοι εκατόν είκοσι εννέα χιλιάδων οκτακοσίων επτά ευρώ και είκοσι λεπτών (129.807,20 €) συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 12^η Νοεμβρίου 2019, ημέρα Τρίτη καθ' όλη τη διάρκειά της και ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών την 19^η Νοεμβρίου 2019, ημέρα

Τρίτη και ώρα 10:00 π.μ. Η προσφεύγουσα εταιρεία υπέβαλε εμπρόθεσμα στις 08.11.2019 και ώρα 12:58:04 μ.μ. την υπ' αριθμ. προσφορά της στον ανωτέρω Διαγωνισμό και πλέον με την υπό κρίση Προσφυγή της, στρέφεται κατά της Απόφασης (Απόσπασμα Πρακτικών της από 20.03.2020 Συνεδρίασης, Θέμα Α50) του Διοικητικού Συμβουλίου του (ΑΔΑ:), η οποία αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 08.04.2020, οπότε και έλαβε πλήρη γνώση της η προσφεύγουσα. Η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε στις 14.04.2020 στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. την υπό κρίση Προσφυγή της και την κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν.

2. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρεία επικαλείται στην υπό κρίση Προσφυγή της ότι η Αναθέτουσα Αρχή έκρινε εσφαλμένα με την προσβαλλόμενη απόφαση, δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του με αριθμό πρωτοκόλλου/08.01.2020 Πρακτικού επί των δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών και του με αριθμό πρωτοκόλλου/16.01.2020 Πρακτικού οικονομικής αξιολόγησης της Επιτροπής του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που η προσφορά της παρεμβαίνουσας, έγινε αποδεκτή, καίτοι έφερε την ίδια ακριβώς πλημμέλεια με την προσφορά της προσφεύγουσας, η οποία αποκλείστηκε από τη συνέχεια της διαδικασίας και ανακηρύχθηκε η παρεμβαίνουσα προσωρινή ανάδοχος για το είδος με α/α 5 του διαγωνισμού, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα αιτείται να γίνει δεκτή η υπό κρίση προσφυγή της, να ακυρωθεί άλλως τροποποιηθεί η προσβαλλόμενη Απόφαση (Απόσπασμα Πρακτικών της από 20.03.2020 Συνεδρίασης, Θέμα Α50) του Διοικητικού Συμβουλίου του (ΑΔΑ:), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του με αριθμό πρωτοκόλλου/08.01.2020 Πρακτικού επί των δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών και του με αριθμό πρωτοκόλλου/16.01.2020 Πρακτικού οικονομικής αξιολόγησης της Επιτροπής του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που η προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «» και ήδη

Αριθμός Απόφασης: 657/2020

παρεμβαίνουσας, έγινε αποδεκτή, καίτοι έφερε την ίδια ακριβώς πλημμέλεια με την προσφορά της προσφεύγουσας, η οποία αποκλείστηκε από τη συνέχεια της διαδικασίας και ανακηρύχθηκε η παρεμβαίνουσα προσωρινή ανάδοχος για το είδος με α/α 5 του διαγωνισμού και να ακυρωθεί κάθε συναφής μεταγενέστερη ή προγενέστερη πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής.

4. Επειδή, η προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου), όπως εξοφλήθηκε δυνάμει του από 14.04.2020 αποδεικτικού εξόφλησης της, ποσού εξακοσίων ευρώ (600,00 €) και έχει δεσμευτεί, δυνάμει του αντίστοιχου αποδεικτικού αυτόματης δέσμευσης του παραβόλου της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (Γ.Γ.Π.Σ.).

6. Επειδή, ο επίμαχος Διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

9. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α) του Ν. 4412/2016.

Αριθμός Απόφασης: 657/2020

10. Επειδή, στις 14.04.2020, η Αναθέτουσα Αρχή προέβη στην κοινοποίηση της υπό εξέταση Προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «επικοινωνίας» του Διαγωνισμού στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.

11. Επειδή, παραδεκτά και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, κατατέθηκε στις 23.04.2020 στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ., η από 23 Απριλίου 2020 παρέμβαση της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «» που εδρεύει στον, αρ., Τ.Κ., όπως νόμιμα εκπροσωπείται, η δε παρεμβαίνουσα, έχει προφανές έννομο συμφέρον από την απόρριψη της ως άνω Προδικαστικής Προσφυγής, αφού προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της διαμορφωθείσας κατάστασης, δεδομένου ότι η προσφορά της έχει γίνει αποδεκτή και έχει ήδη ανακηρυχθεί αυτή προσωρινή ανάδοχος για το είδος με α/α 5 του διαγωνισμού. Επομένως, η ασκηθείσα, κατά τα ανωτέρω παρέμβαση, πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

12. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, προσκλήθηκε, από τον Πρόεδρο του 7^{ου} Κλιμακίου, δυνάμει της υπ' αριθμ. 573/15.04.2020 Πράξης του «Περί Ορισμού Ημερομηνίας Εξέτασης Προδικαστικής Προσφυγής & Εισηγητή – Κλήση περί Απόψεων επί Αιτήματος Προσωρινών Μέτρων», η οποία της κοινοποιήθηκε στις 15.04.2020 και υπέβαλε στις 29.04.2020, ήτοι εντός της οριζόμενης προθεσμίας στο οικείο Κλιμάκιο, τις προβλεπόμενες από το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 9 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, απόψεις της, σχετικά με την υπό κρίση προσφυγή.

13. Επειδή, η προσφεύγουσα, βάσει του άρθρου 365 παρ. 1, όπως τροποποιήθηκε με την παρ. 42 του άρθρου 43 του Ν. 4605/2019 και ισχύει, υπέβαλε εμπρόθεσμα και παραδεκτά, στις 11.05.2020 μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού και προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, το από 11.05.2020 υπόμνημά της.

14. Επειδή, στην κρινόμενη προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρεία, η οποία δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και υπέβαλε προσφορά στον εν λόγω διαγωνισμό, η οποία κρίθηκε κατ' αρχήν απορριπτέα, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους της και συνεπακόλουθα θεμελιώνει κατ' αρχήν βάσιμα το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη άμεσου, προσωπικού και ενεστώτος εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της Απόφασης (Απόσπασμα Πρακτικών της από 20.03.2020 Συνεδρίασης, Θέμα Α50) του Διοικητικού Συμβουλίου του (ΑΔΑ:), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του με αριθμό πρωτοκόλλου/08.01.2020 Πρακτικού επί των δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών και του με αριθμό πρωτοκόλλου/16.01.2020 Πρακτικού οικονομικής αξιολόγησης της Επιτροπής του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που η προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «» και ήδη παρεμβαίνουσας, έγινε αποδεκτή και ανακηρύχθηκε αυτή προσωρινή ανάδοχος για το είδος με α/α 5 του διαγωνισμού. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα εταιρεία θεμελιώνει το έννομο συμφέρον της στην εσφαλμένη αποδοχή της προσφοράς έτερων προσφερόντων και εν προκειμένω στη ζημία που υφίσταται από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον διαγωνισμό και δη της παρεμβαίνουσας και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς της (βλ. ΕΑ ΣτΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣτΕ 512/2002, 517/2001), επικαλούμενη παράλληλα τη διασφάλιση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, η οποία αποτελεί ειδικότερη έκφανση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας που διέπουν το σύνολο του κοινοτικού (ενωσιακού πλέον) δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, καθώς προβάλλει ισχυρισμούς αναφερόμενους αποκλειστικώς στην αποδοχή της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου παρά τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ίδιου με εκείνον που απετέλεσε την αιτιολογία αποκλεισμού της (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 174/2016, 44/2014, 106/2013, 380/2012, 671/2011, 1156, 329/2010, 246/2009, κ.α.).

Αριθμός Απόφασης: 657/2020

Νομίμως και παραδεκτά φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

15. Επειδή, εφαρμοστέα στον επίμαχο διαγωνισμό είναι ιδίως, το άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), το άρθρο 80 «Αποδεικτικά μέσα» (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) και το άρθρο 91 «Λόγοι απόρριψης προσφορών» του Ν. 4412/2016.

16. Επειδή, κατά τα παγίως γεγόμενα δεκτά από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η Διακήρυξη του Διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του Διαγωνισμού (ΕΑ ΣΤΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό Διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του Διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον Διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της Προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Ενόψει τούτων, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν την διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων κατά το πνεύμα τόσο της κοινοτικής όσο και της εθνικής νομοθεσίας, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα αξιούμενα από τη Διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία (πρβλ. ΣΤΕ 5022/2012) προκειμένου να συμμετάσχει νομίμως στο Διαγωνισμό και κατά συνέπεια, ανεξαρτήτως παντός άλλου, δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού για δικαιολογητικά μη απαιτούμενα από τη Διακήρυξη (ΣΤΕ 18/2011, ΣΤΕ 19/2011, ΣΤΕ 3703/2010, ΣΤΕ 1616/2008, ΕΑ ΣΤΕ 254/2008 κλπ).

17. Επειδή, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας που διέπει όλους τους δημόσιους Διαγωνισμούς, η παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (Ολομ. ΣτΕ 2137/1993). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους (ΕλΣυν 1949/2009 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 115/2008 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 10/2008 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 22/2005 Τμήμα VI). Ομοίως, 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, σκ. 25 και C-599/10, SAG ELV Slovenko κλπ, σκέψη 25 και περαιτέρω παραπομπές σε 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, σκ. 27). Περαιτέρω, η ρητή παραπομπή της Διακήρυξης σε συγκεκριμένες νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις τις καθιστά τμήμα του νομικού πλαισίου που διέπει τη διαγωνιστική διαδικασία, το οποίο δεσμεύει, κατά τα ανωτέρω, τόσο τη Διοίκηση όσο και τους υποψηφίους Αναδόχους που συμμετέχουν σε αυτήν (ΕλΣυν 1434/2017). Υπό την έννοια αυτή, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της Διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοϋλικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο Διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο κοινοτικό (ενωσιακό πλέον) δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕλΣυν 70/2006). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της Διακήρυξης, είτε κατά τη

Αριθμός Απόφασης: 657/2020

διάρκεια του Διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του Διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000 και VI Τμήμα ΕλΣυν 78/2007).

18. Επειδή, κατά γενική αρχή του δικαίου που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς, αποκλεισμός τεχνικής προσφοράς προβλέπεται μόνο στην περίπτωση απόκλισης από τους απαράβατους όρους της διακήρυξης, ως τέτοιοι δε, θεωρούνται στο σύνολό τους οι τεχνικές προδιαγραφές (ΣΤΕ ΕΑ 1740/2004, 94, 316, 563/2006). Ουσιώδης, θεωρείται όχι μόνο η απόκλιση υποβληθείσης προσφοράς από όρους της προκηρύξεως που χαρακτηρίζονται ρητώς από αυτήν ως απαράβατοι, 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 που αποτελεί εξυπακουόμενη, ουσιώδη απαίτηση της εκάστοτε προκηρύξεως (πρβλ. ΣΤΕ 61/2011, 395/2004, 557/2005, 720, 725/2006, 1052/2008). Εκ των ανωτέρω, συνάγεται εξ αντιδιαστολής επιχείρημα ότι η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να αποκλείσει από τη συνέχεια του διαγωνισμού, την προσφορά ενός υποψήφιου οικονομικού φορέα, η οποία όχι μόνο συμμορφώνεται με τις ελάχιστες απαράβατες τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης, αλλά τις υπερβαίνει, προσφέροντας στην αναθέτουσα αρχή, επιπλέον τεχνικά χαρακτηριστικά, τα οποία ακόμα και αν δεν προβλέπονται και δεν ζητούνται από τη διακήρυξη, θα μπορούσαν να θεωρηθούν ως επιθυμητά. Υπό αυτή την έννοια, οι επιθυμητές δυνατότητες ή τα επιθυμητά τεχνικά χαρακτηριστικά των προσφερόμενων προϊόντων, υλικών ή υπηρεσιών είναι επιπλέον των ελάχιστων απαιτήσεων της διακήρυξης και ενόψει αυτού είναι πέραν πάσης αμφιβολίας δεδομένο ότι και οι προσφορές εκείνες που δεν θα καλύπτουν ολικά ή μερικά κάποια από τα επιθυμητά κριτήρια, θεωρούνται τεχνικά αποδεκτές και δεν απορρίπτονται. Εφόσον υπάρχουν και προσφέρονται, αξιολογούνται υπέρ του προσφέροντος οικονομικού φορέα, χωρίς όμως να μπορούν να ληφθούν

υπόψη για την απόρριψη μιας προσφοράς οικονομικού φορέα που δεν τις περιλαμβάνει στην προσφορά του (ΑΕΠΠ 161/2017).

19. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον μοναδικό λόγο προσφυγής, όπως αναλύεται στις σελ. 4-6 της κρινόμενης προσφυγής, υπό «(10) ΛΟΓΟΙ ΕΠΙ ΤΩΝ ΟΠΟΙΩΝ ΒΑΣΙΖΕΤΑΙ Η ΠΡΟΣΦΥΓΗ», υποστηρίζει ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που έκανε δεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας εταιρείας και ανακήρυξε αυτήν προσωρινή ανάδοχο για το προσφερόμενο είδος με α/α 5 της διακήρυξης είναι μη νόμιμη και άρα ακυρωτέα, δεδομένου ότι το προσφερόμενο από αυτήν είδος (καθετήρας), δεν καλύπτει τις απαιτούμενες από τη διακήρυξη τεχνικές προδιαγραφές για το είδος με α/α 5. Συγκεκριμένα, επικαλείται η προσφεύγουσα ότι: «[...]. Όπως ευχερώς μπορεί να συναχθεί τόσο από την τεχνική προσφορά της εταιρείας, όσο κι από το prospectus του οίκου Arrow, προϊόν του οποίου προσέφερε αυτή στον επίμαχο διαγωνισμό, **ούτε η δική της προσφορά πληροί τον όρο της Διακήρυξης ως προς το μήκος του συρμάτινου οδηγού.** Συγκεκριμένα, η Διακήρυξη ζητά, επί της ουσίας, για το είδος με α/α 5 την προσφορά τεσσάρων προϊόντων, ήτοι: α) καθετήρα μήκους 16 cm και διαμέτρου 7 Fr, β) καθετήρα μήκους 16 cm και διαμέτρου 8,5 Fr, γ) καθετήρα μήκους 20 cm και διαμέτρου 7 Fr και δ) καθετήρα μήκους 20 cm και διαμέτρου 8,5 Fr. Για όλα τα προϊόντα αυτά ζητείται το μήκος του συρμάτινου οδηγού να είναι 60 cm. **Ωστόσο, ο καθετήρας με κωδικό εμπορίου CV--E, τον οποίο προσέφερε η εν λόγω εταιρεία στη ζητούμενη διάμετρο 7 Fr και το μήκος 16 cm, έχει μήκος συρμάτινου οδηγού (guidewire), μόλις, 45 cm, ήτοι, μήκος, όχι μόνο μικρότερο των 60 cm που ζητούσε η Διακήρυξη, αλλά μικρότερο ακόμη κι από αυτό των 50 cm που προσέφερε η εταιρεία μας για την ίδια διάμετρο και μήκος καθετήρα, η οποία αποκλείστηκε. Ομοίως και ο καθετήρας με κωδικό εμπορίου CV-, τον οποίο προσέφερε η εν λόγω εταιρεία στη ζητούμενη διάμετρο 8,5 Fr και το μήκος 16 cm, έχει μήκος συρμάτινου οδηγού (guidewire), μόλις, 45 cm, ήτοι μικρότερο του ζητούμενου από τη Διακήρυξη μήκους των 60 cm, αλλά και του προσφερόμενου από την**

εταιρεία μας, που αποκλειστηκε, μήκους των 50 cm για τις ίδιες διαστάσεις καθετήρα. Σημειωτέον ότι για το ζητούμενο μήκος καθετήρα 20 cm και στις δύο διαμέτρους (7 Fr και 8,5 Fr) τόσο η εταιρεία μας (κωδικός εμπορίου των προσφερόμενων προϊόντων του οίκου: FC και FC), όσο και η προσέφεραν προϊόντα με μήκος οδηγού 60 cm, ακριβώς όπως ζητείται από την διακήρυξη. Παρ' όλα αυτά, η προσφορά της εταιρείας μας απερρίφθη, ενώ, η προσφορά της εταιρείας έγινε δεκτή. [...]». Επί του μόνου ως άνω λόγου προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή, δυνάμει των με αριθμό πρωτοκόλλου/28.04.2020 Απόψεών της, οι οποίες κοινοποιήθηκαν μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 29.04.2020, υποστηρίζει ότι: «[...] Σύμφωνα με τις Απόψεις της Επιτροπής διενέργειας διαγωνισμού σφάλλει η προσφεύγουσα εταιρεία στα όσα ισχυρίζεται και ειδικότερα θα πρέπει να ληφθούν υπ' όψιν τα κάτωθι.

Σχετικά με την προσφορά της εταιρείας αναφορικά με το είδος α/α 5 της διακήρυξης (κεντρικός φλεβικός καθετήρας για την τοποθέτηση με μέθοδο *Sheldiger*, απλός, μη αντιμικροβιακός), απορρίφθηκε διότι δεν διέθεταν όλα τα προσφερόμενα σετ της εταιρείας, το επιθυμητό μήκος συρμάτινου οδηγού. Επίσης, είχε διαπιστωθεί (όπως έχει αναφερθεί στην αξιολόγηση για τα είδη α/α 2, 3 και 4) δύσκολη προώθηση του συρμάτινου οδηγού, γεγονός που καθιστά πιο δυσχερή τη χρήση του, συνυπολογίζοντας μάλιστα το μικρότερο μήκος του. [...]». Ομοίως, επί του μόνου λόγου προσφυγής, η παρεμβαίνουσα εταιρεία, στις σελ. 4-7 της ασκηθείσας παρέμβασής της, υποστηρίζει κατ' αρχήν στις σελ. 4-6 της ασκηθείσας παρέμβασής της ότι ο μοναδικός λόγος της κρινόμενης προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος προεχόντως ως απαραδέκτως προβαλλόμενος, όπως διεξοδικά αναλύει υπό «II. ΛΟΓΟΙ ΠΑΡΕΜΒΑΣΗΣ/ΑΠΟΡΡΙΨΗΣ ΤΗΣ ΥΠΟ ΚΡΙΣΗ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ», «Α. Απαράδεκτο της υπό κρίση προσφυγής», επισημαίνοντας ότι η προσφεύγουσα στερείται καταφανώς εννόμου συμφέροντος προς άσκηση της εν λόγω προσφυγής, δεδομένου ότι η άσκησή της κατατείνει αποκλειστικά και μόνο στην ακύρωση της προσβαλλόμενης μόνο κατά το μέρος που έκανε αποδεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας, καίτοι η προσφορά της ίδιας της

προσφεύγουσας απορρίφθηκε για το προσφερόμενο είδος με α/α 5 της διακήρυξης, λόγω μη συμμόρφωσης της προσφοράς της με επί ποινή αποκλεισμού όρο της διακήρυξης, τον οποίο σε κάθε περίπτωση η προσφεύγουσα συνομολογεί ως αληθή και ουδένα λόγο προβάλλει κατ' αυτής της κρίσης της αναθέτουσας αρχής. Συναφώς, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι ουδέν έννομο συμφέρον αντλεί η προσφεύγουσα από την αποδοχή της υπό κρίση προσφυγής της, στον βαθμό που στρέφεται μόνο κατά την κατακύρωση στην παρεμβαίνουσα του τμήματος του διαγωνισμού για το προσφερόμενο με α/α είδος 5, πέραν της ματαίωσης του διαγωνισμού ως προς το συγκεκριμένο είδος, λόγω απόρριψης των προσφορών απάντων των συμμετεχόντων, όπερ σιωπηρώς προσδοκά. Προσέτι, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι εφόσον η προσφορά της προσφεύγουσας αποκλείστηκε από τον διαγωνισμό, λόγω μη συμμόρφωσης της προσφοράς της με απαράβατο όρο της διακήρυξης, στερείται παντελώς εννόμου συμφέροντος, όπως αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής της παρεμβαίνουσας, δοθέντος ότι ήδη κατόπιν του αποκλεισμού της έχει καταστεί οριστικά «τρίτη» ως προς το επίμαχο τμήμα αυτού. Ομοίως, όπως επικουρικά υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα στις σελ. 6-7, υπό «B. Αβασιμότητα της υπό κρίση προσφυγής», ο προβαλλόμενος ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας για το προσφερόμενο είδος με α/α 5 του διαγωνισμού, δεν συμμορφώνεται με απαράβατους όρους της διακήρυξης, τυγχάνει όλως αβάσιμος στην ουσία του, καθώς αφενός η προσφεύγουσα ουδένα αποδεικτικό στοιχείο επικαλείται προς τεκμηρίωση του ισχυρισμού της, αφετέρου, όπως προκύπτει από την υποβληθείσα τεχνική προσφορά της παρεμβαίνουσας (βλ. συνημμένο στην προσφορά της ηλεκτρονικό αρχείο με τίτλο «Τεχνική Προσφοράsigned.pdf»), αυτή συμμορφώνεται πλήρως με τις τιθέμενες τεχνικές προδιαγραφές για το είδος με α/α 5 του διαγωνισμού.

20. Επειδή, αναφορικά με τους υπό κρίση ισχυρισμούς της προσφυγής, πρέπει να ειπωθούν τα ακόλουθα. Επί του ισχυρισμού της παρεμβαίνουσας αναφορικά με την αναγνώριση ή μη εννόμου συμφέροντος στην προσφεύγουσα

για την προβολή με την κρινόμενη προσφυγή, αιτιάσεων κατά της δικής της προσφοράς και ανεξάρτητα από την ορθότητά τους ή όχι, η παρεμβαίνουσα, όπως άλλωστε εναργώς τονίζει και με το υποβληθέν από αυτήν υπόμνημα, στηρίζει το έννομο συμφέρον της στη διασφάλιση της αρχής του ίσου ή ενιαίου μέτρου κρίσης, όπως ήδη εκτέθηκε και ανωτέρω στη σκέψη 14 της παρούσας. Η δε αναγνώριση εννόμου συμφέροντος σε έναν οικονομικό φορέα να προσφύγει κατά της προσφοράς συνυποψηφίου του σε έναν διαγωνισμό, ακόμα και υπό το προϊσχύσαν νομολογιακό πλαίσιο, προ της συντελεσθείσας μεταστροφής του ΔΕΕ και των ελληνικών Δικαστηρίων, ουδόλως συνδέεται, σχετίζεται ή εξαρτάται από την έννοια του «τρίτου» αποκλεισθέντος ή την ταυτόχρονη προβολή ισχυρισμών υπέρ της παραμονής της προσφοράς του ίδιου του προσφεύγοντος εντός του διαγωνισμού. Σε αυτή τη λογική και εν προκειμένω, η προσφεύγουσα θεωρεί και ορθά ότι το έννομο συμφέρον αυτής, εδράζεται αποκλειστικά και μόνο στο αναμφισβήτητο γεγονός, το οποίο δεν αντικρούουν ούτε η παρεμβαίνουσα, αλλά ούτε και η αναθέτουσα αρχή, ότι η αποδοχή της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας και η ανακήρυξή της σε προσωρινή ανάδοχο για το προσφερόμενο είδος του διαγωνισμού με α/α 5, είναι παράνομη, καθώς, διαπιστώθηκε ταυτόσημη πλημμέλεια με την τεχνική προσφορά της ίδιας της προσφεύγουσας, η οποία και αποτέλεσε την αιτία και μάλιστα τη μοναδική αιτία, αποκλεισμού της προσφοράς της. Υπό αυτή την έννοια, ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας σχετικά με το παραδεκτό της υπό κρίση προσφυγής, κρίνεται απορριπτέος ως αβάσιμος.

21.Επειδή, έτι περαιτέρω, αναφορικά με τη βασιμότητα του μοναδικού προβαλλόμενου λόγου προσφυγής, προκύπτει πέραν πάσης αμφιβολίας από τα υποβληθέντα από την παρεμβαίνουσα έγγραφα (βλ. συνημμένα στην προσφορά της ηλεκτρονικά αρχεία με τίτλο «Τεχνική Προσφορά Συστήματος signed.pdf» σελ. 3 και επ., «Τεχνική Προσφορά signed.pdf», σελ. 9 και τεχνικό φυλλάδιο «Arrow Central Venous Systems.pdf», σελ. 11) ότι, πράγματι, όπως βάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα τα προσφερόμενα από την παρεμβαίνουσα προϊόντα για το προσφερόμενο είδος με α/α 5 της διακήρυξης,

ήτοι τα προϊόντα με κωδικό CV-, CV-, CV- και CV-, έχουν μήκος συρράμινου οδηγού που δεν πληροί τους επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς, τεθέντες τεχνικούς όρους της διακήρυξης. Συγκεκριμένα, τα προσφερόμενα είδη της παρεμβαίνουσας με κωδικό CV- και CV- έχουν μήκος συρράμινου οδηγού (*guidewire*) 45 cm, το οποίο υπολείπεται των απαιτούμενων από τη διακήρυξη 60 cm. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων και λαμβάνοντας υπόψη ότι ο λόγος που αποτέλεσε την αιτία αποκλεισμού της προσφοράς της προσφεύγουσας είναι ταυτόσημος με την προβαλλόμενη με τον μοναδικό λόγο προσφυγής, αιτίαση σε βάρος της αποδοχής της παρεμβαίνουσας, η υπό κρίση προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή ως νόμος και ουσία βάσιμη, ενώ κρίνονται απορριπτέοι οι περί του αντιθέτου προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας.

22. Επειδή, κατ' ακολουθίαν πρέπει να γίνει δεκτή η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή.

23. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

24. Επειδή, πρέπει να απορριφθεί η ασκηθείσα παρέμβαση.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει Απόφαση (Απόσπασμα Πρακτικών της από 20.03.2020 Συνεδρίασης, Θέμα Α50) του Διοικητικού Συμβουλίου του (ΑΔΑ:), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του με αριθμό πρωτοκόλλου/08.01.2020 Πρακτικού επί των δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών και του με αριθμό πρωτοκόλλου/16.01.2020 Πρακτικού οικονομικής αξιολόγησης της Επιτροπής του

Αριθμός Απόφασης: 657/2020

Διαγωνισμού, κατά το μέρος που η προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «» και παρεμβαίνουσας, έγινε αποδεκτή και ανακηρύχθηκε αυτή προσωρινή ανάδοχος για το είδος με α/α 5 του διαγωνισμού, σύμφωνα με το σκεπτικό της παρούσας.

Απορρίπτει την ασκηθείσα παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του παραβόλου, ποσού εξακοσίων ευρώ (600,00 €).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 21 Μαΐου 2020 και εκδόθηκε στις 10 Ιουνίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχάλης Π. Σειραδάκης

Ελένη Χούλη