

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 18 Απριλίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 10.03.2022 με ΓΑΚ 375/10.03.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία επωνυμία «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται.

κατά του «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή].

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται και κατέθεσε την από 15.03.2022 Παρέμβασή της.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 22/16-02-2022 (ΑΔΑ: ...) Απόφαση- Απόσπασμα Πρακτικών της 5ης τακτικής συνεδρίασης του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής και τα εγκριθέντα με αυτή πρακτικά Ηλεκτρονικής Αποσφράγισης και Ελέγχου των Υποφακέλων Δικαιολογητικών Συμμετοχής-Τεχνικής Προσφοράς κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά της.

Με την Παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ... ποσού €888,00.

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. ... Διακήρυξη της Αναθέτουσας Αρχής προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός άνω των ορίων για την

Αριθμός απόφασης: 697 /2022

«Προμήθεια ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού ... για την αντιμετώπιση της επιδημίας λόγω COVID 19», ο οποίος έχει ενταχθεί στο Επιχειρησιακό Πρόγραμμα «... 2014-2020», συνολικού προϋπολογισμού 1.674.550,00€ (με ΦΠΑ 24%), με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής. Σύμφωνα με την ως άνω Διακήρυξη προσφορές μπορούν να υποβάλλονται για το σύνολο της υπό ανάθεση προμήθειας ή και για ορισμένα μόνο τμήματα, αλλά υπό την προϋπόθεση να αφορούν το σύνολο της προκηρυχθείσας ποσότητας των συνολικών τμημάτων ή ενός μόνο τμήματος. Προσφορές που υποβάλλονται για μέρος της ζητούμενης ανά είδος ποσότητας θα απορρίπτονται ως απαράδεκτες. Στα προς προμήθεια συμπεριλαμβάνεται και το είδος «Είδος 19: «ΦΟΡΗΤΟ ΨΗΦΙΑΚΟ ΑΚΤΙΝΟΛΟΓΙΚΟ ΜΗΧΑΝΗΜΑ» με Α/Α ΕΣΗΔΗΣ: ... και με CPV ... για το οποίο ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή. Η σύμβαση προβλέφθηκε ότι θα ανατεθεί με το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, βάσει της βέλτιστης σχέση ποιότητας – τιμής ανά είδος. Ο εν λόγω διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ...

3. Επειδή, στον εν λόγω διαγωνισμό και συγκεκριμένα για το επίμαχο με α/α 19 «ΦΟΡΗΤΟ ΨΗΦΙΑΚΟ ΑΚΤΙΝΟΛΟΓΙΚΟ ΜΗΧΑΝΗΜΑ» υπεβλήθησαν προσφορές από την προσφεύγουσα, την παρεμβαίνουσα και την εταιρεία «...». Με το από 02/02/2022 Πρακτικό Νο1 (Λοιπές Προσφορές) περί Παραλαβής – Αποσφράγισης προσφορών και Αξιολόγησης Δικαιολογητικών συμμετοχής, η αρμόδια Επιτροπή του διαγωνισμού, μετά από τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής, διαπίστωσε ότι όλες οι συμμετέχουσες εταιρείες κατέθεσαν το σύνολο των δικαιολογητικών που απαιτούνταν σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης και ως εκ τούτου, όλες οι υποβληθείσες προσφορές για το σύνολο των υπό ανάθεση ειδών κρίθηκαν ως τυπικά αποδεκτές. Ακολούθως, με το από 02/02/2022 Πρακτικό Νο2 (Λοιπές Προσφορές) περί Αξιολόγησης Τεχνικών Προσφορών, η Επιτροπή του διαγωνισμού προχώρησε στο άνοιγμα των υποβληθεισών τεχνικών προσφορών και στην αξιολόγηση βαθμολόγηση αυτών σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης. Σύμφωνα με αυτό, άπασες οι υποβληθείσες τεχνικές προσφορές για το επίμαχο Είδος 19 «ΦΟΡΗΤΟ ΨΗΦΙΑΚΟ ΑΚΤΙΝΟΛΟΓΙΚΟ ΜΗΧΑΝΗΜΑ» (Α/Α ΕΣΗΔΗΣ: ...) κρίθηκαν απορριπτέες για τους λόγους που αναλυτικά αποτυπώνονται στο ως άνω Πρακτικό Νο2. Με την υπ'αριθμ. 22/16-02-2022 (ΑΔΑ: ...) Απόφαση-

Αριθμός απόφασης: 697 /2022

Απόσπασμα Πρακτικών της 5ης τακτικής συνεδρίασης εγκρίθηκαν τα ως άνω Πρακτικά της Επιτροπής του διαγωνισμού.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, της οποίας πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ οι προσφέροντες στις 28.02.2022 ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 10.03.2022, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν από την προσφεύγουσα στην ΑΕΠ, 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 και με έννομο συμφέρον καθόσον η τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας απορρίφθηκε.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 11.03.2022 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ τις υπ' αριθμ. 3714/23.03.2022 απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στους συμμετέχοντες αυθημερόν, ζητώντας παράλληλα την απόρριψή της, ενώ προς αντίκρουση αυτών η προσφεύγουσα κατέθεσε νομίμως και παραδεκτώς το από 28.03.2022 Υπόμνημά της.

6. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η παρεμβαίνουσα εταιρεία, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στην παρεμβαίνουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 11.03.2022, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 15.03.2022, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, η παρεμβαίνουσα, δε, έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχει αποκλειστεί η προσφεύγουσα από την συνέχεια του διαγωνισμού.

7. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007,

Αριθμός απόφασης: 697 /2022

19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε 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 (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε Διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητεί το πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής της ισχυρίζεται ότι παρανόμως η Αναθέτουσα Αρχή απέρριψε την προσφορά της διότι από το άρθρο 2.2.4 της Διακήρυξης δεν ορίζεται περιγραφή και το τι εννοεί ή ορίζει ενδεδειγμένο κατάλογο κυριότερων ανταλλακτικών ούτε ορίζει ρητά αν έπρεπε να προσφέρονται μεμονωμένα τα ανταλλακτικά και ποια είναι τα κατ'αυτή (ΑΑ) κυριότερα ανταλλακτικά. Μάλιστα, όπως ισχυρίζεται, η αναθέτουσα αρχή αναφέρεται σε προσκόμιση επίσημου τιμοκατάλογου κυριότερων ανταλλακτικών του κατασκευαστή, τον οποίο αυτή κατέθεσε όπως ο κατασκευαστής ορίζει και έχει εγκρίνει με το από 14-6-2021 Πιστοποιητικό του Κατασκευαστή. Σύμφωνα με τον κατασκευαστικό οίκο Konica Minolta, και παράλληλα σύμφωνα με το ζητούμενο του όρου της διακήρυξης, η λυχνία και ο ανιχνευτής δεν αποτελούν κύρια ανταλλακτικά, αλλά μέρη / εξαρτήματα του συστήματος και ειδικότερα μεταβλητά μέρη του συστήματος και για αυτό δεν συμπεριλαμβάνονται στην απεσταλμένη λίστα με τα κυριότερα ανταλλακτικά, και το βεβαιώνει ο κατασκευαστής εξ αρχής στην προσφορά. Επομένως, προκύπτει με σαφήνεια ότι δεν περιλαμβάνεται στον οικείο τιμοκατάλογο ως ανταλλακτικό ο ψηφιακός ανιχνευτής και η λυχνία καθόσον, αφενός στη διακήρυξη ζητούνται αορίστως τα βασικά ανταλλακτικά και όχι συγκεκριμένα ανταλλακτικά, αφετέρου ο ψηφιακός ανιχνευτής δεν αποτελεί ανταλλακτικό, αλλά βασική μονάδα του μηχανήματος και η λυχνία δεν είναι ανταλλακτικό αλλά μέρος του συστήματος. Επιπλέον, και σε κάθε περίπτωση η όποια επί μέρους αξία μονάδας ή ανταλλακτικού του μηχανήματος, δεν μετέχει στον καθορισμό του κλάσματος ανάδειξης του προμηθευτή στον διαγωνισμό, όπως αναλυτικά περιγράφεται στο άρθρο 2.3.2 (Βαθμολόγηση και κατάταξη προσφορών) της

Αριθμός απόφασης: 697 /2022

υπό κρίση διακήρυξης σε συνδυασμό με την 2.3.1. αυτής.

9. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον πρώτο λόγο της προσφυγής: Η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας με την αιτιολογία ότι ο κατάλογος των ανταλλακτικών δεν περιέχει την λυχνία του ακτινολογικού και τον ανιχνευτή και τα δύο πολύ κρίσιμα ανταλλακτικά του προσφερόμενου μηχανήματος. Το άρθρο 2.2.4 της Διακήρυξης ορίζει ότι *«Οι προμηθευτές πρέπει να περιλαμβάνουν στην οικονομική τους προσφορά (για όλα τα ζητούμενα είδη), τιμοκατάλογο των κυριότερων ανταλλακτικών, των εργατικών... Αντίγραφο του καταλόγου αυτού (χωρίς τιμές) θα περιλαμβάνεται και στην τεχνική προσφορά»*. Περαιτέρω, στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Β΄ – ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ της Διακήρυξης ορίζεται ότι το φορητό ακτινολογικό μηχάνημα πρέπει να έχει τα εξής τμήματα και ιδιότητες: 1. Να είναι τροχήλατο (σελ. 109), 2. Να έχει γεννήτρια ακτινών Χ (σελ.110), 3. Να έχει ακτινολογική λυχνία (σελ.110), 4. Να έχει ψηφιακό ανιχνευτή (σελ.110) και 5. Σταθμό λήψης και επεξεργασίας ακτινολογικών εικόνων (σελ.111). Επομένως, συνάγεται ότι όλα αυτά τα τμήματα είναι απαραίτητα για την λειτουργία του προσφερόμενου ακτινολογικού μηχανήματος. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι επειδή τα επίμαχα τμήματα αυτού «ακτινολογική λυχνία» και «ψηφιακός ανιχνευτής» αποτελούν βασικά μέρη του συστήματος, δεν αποτελούν ανταλλακτικά ώστε να είχε την υποχρέωση να τα αναγράψει στον τιμοκατάλογο. Προσκομίζει μάλιστα την από 01/03/2022 επιστολή του κατασκευαστή ..., η οποία αφενός μεν απαραδέκτως προσκομίζεται το πρώτον ενώπιον του κρίνοντος Κλιμακίου, αφετέρου δε και σε κάθε περίπτωση η εν λόγω επιστολή βεβαιώνει ότι η «ακτινολογική λυχνία» και ο «ψηφιακός ανιχνευτής» δεν συμπεριλαμβάνονται στη τυπική λίστα των ανταλλακτικών τους αλλά καλύπτονται στις περισσότερες περιπτώσεις από «ειδικά πακέτα εκτεταμένης εγγύησης». Επομένως, ο κατασκευαστής αυτών προβλέπει την κάλυψη των επίμαχων τμημάτων με έξτρα πακέτα εγγύησης σε περίπτωση που αυτά υποστούν βλάβη και χρειαστούν αντικατάσταση, δηλαδή προβλέπει την δυνατότητα αντικατάστασής τους. Από τη στιγμή που η «ακτινολογική λυχνία» και ο «ψηφιακός ανιχνευτής» αποτελούν βασικά τμήματα του προσφερόμενου μηχανήματος, τα οποία είναι απαραίτητα για την λειτουργία του και σε περίπτωση που υποστούν βλάβη πρέπει να αντικατασταθούν, η προσφεύγουσα είχε την υποχρέωση να τα συμπεριλάβει στον πίνακα

Αριθμός απόφασης: 697 /2022

ανταλλακτικών, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή και η παρεμβαίνουσα. Εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι η προσφεύγουσα είχε την υποχρέωση να συμπεριλάβει στον πίνακα ανταλλακτικών την «ακτινολογική λυχνία» και τον «ψηφιακό ανιχνευτή», ώστε η αναθέτουσα αρχή να γνωρίζει την τιμή αγοράς αυτών και να προκύπτει και η απαραίτητη δέσμευση αυτής για τα επόμενα 10 χρόνια, πλην όμως δεν το έπραξε με αποτέλεσμα η προσφορά της να καθίσταται πλημμελής και απορριπτή. Μειοψήφισε το Μέλος Χ. Ζαράρη «*Ο εκάστοτε προμηθευτής δεν δύναται να καθορίζει το περιεχόμενο του επίσημου τιμοκατάλογου κυριότερων ανταλλακτικών του κατασκευαστή ο οποίος ζητείτο από τη διακήρυξη, τον οποίο και κατέθεσε ο προσφεύγων, ούτε όμως στη διακήρυξη προσδιορίζοταν το περιεχόμενο του οικείου καταλόγου, ούτως ο εκάστοτε προσφέρων να κατανοήσει ότι όφειλε να καταθέσει (τυχόν) συμπληρωματικό έγγραφο το οποίο να περιλαμβάνει τρόπους αντικατάστασης της λυχνίας όσο και του ανιχνευτή, άλλωστε ουδείς αποδεικνύει ότι σε περίπτωση βλάβης τους η αναθέτουσα αρχή θα επιβαρυνθεί με επιπλέον κόστος. Επομένως, λαμβάνοντας υπόψη το σύνολο των ανωτέρω, και συγκεκριμένα την ελλειπτικότητα των όρων της διακήρυξης δεν δύναται νομίμως να κριθεί απορριπτή η προσφορά του προσφεύγοντος*». Επομένως, κατά πλειοψηφία, ο υπό κρίση πρώτος λόγος είναι αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί.

10. Επειδή, εν συνεχεία η προσφεύγουσα με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής ισχυρίζεται ότι η απόρριψη της προσφοράς της με την αιτιολογία ότι στο κατατεθέν αρχείο « ΠΡΟΓΡΑΜΜΑ ΕΚΠΑΙΔΕΥΣΗΣ ΧΡΗΣΤΩΝ. pdf» στην σελίδα 2 αναφέρεται σε εγκατάσταση ψηφιακού μαστογράφου και όχι ψηφιακού φορητού ακτινολογικού «και θα πραγματοποιηθεί στον χώρο εγκατάστασης του προσφερόμενου ψηφιακού μαστογράφου», είναι παράνομη, διότι πρόκειται για πρόδηλο μεμονωμένο τυπικό σφάλμα και αυτό σαφέστατα επιβεβαιώνεται από το τίτλο που αναφέρει το είδος και το περιεχόμενο του σχετικού αρχείου

11. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής: Η αναθέτουσα αρχή συνομολογεί τον ως άνω δεύτερο λόγο της προσφυγής. Ως εκ τούτου προκύπτει ότι από το αρχείο «ΠΡΟΓΡΑΜΜΑ ΕΚΠΑΙΔΕΥΣΗΣ ΧΡΗΣΤΩΝ», προκύπτει ότι η εκπαίδευση αφορά το φορητό ακτινολογικό ..., το κατατεθειμένο πρόγραμμα εκπαίδευσης αφορά πράγματι πρόγραμμα

Αριθμός απόφασης: 697 /2022

εκπαίδευσης του φορητού ακτινολογικού, αναφέρει χαρακτηριστικά στοιχεία φορητών ακτινολογικών πχ DAP - ενώ δεν αναφέρονται σημεία που να δείχνουν μαστογράφο παρά μόνο σε ένα διευκρινιστικό σημείο ως προς την συνολική διάρκεια της εκπαίδευσης και τον χώρο εγκατάστασης και δεν σχετίζεται σε καμία περίπτωση με τη θεματολογία και το περιεχόμενο του εκπαιδευτικού υλικού. Επομένως πρόκειται περί εκ παραδρομής σφάλματος, για το οποίο η αναθέτουσα αρχή όφειλε να ζητήσει διευκρινήσεις σύμφωνα με το άρθρο 102 του Ν.4412/2016 και ως εκ τούτου ο υπό κρίση λόγος πρέπει να γίνει δεκτός. Όμως, η αποδοχή του λόγου αυτού δεν μπορεί να οδηγήσει σε ακύρωση της προσβαλλόμενης προς τον σκοπό της αποδοχής της προσφοράς της προσφεύγουσας και τούτο διότι αυτή κρίθηκε απορριπτέα όπως εκτέθηκε στην ανωτέρω σκέψη 9.

12. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να γίνει δεκτή η παρέμβαση.

13. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 18 Απριλίου 2022 και εκδόθηκε στις 09 Μαΐου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΖΕΡΒΟΥ

ΕΥΑΓΓΕΛΙΑ ΠΕΤΡΟΥ