

**Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)**

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 12^η Ιουνίου 2020 με την εξής σύνθεση:
Ιωάννα Θεμελή Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Ειρήνη Αψοκάρδου, και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 30-4-2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 539/4-5-2020 της εταιρείας με την επωνυμία, που εδρεύει στο,,, αριθ.,, νομίμως εκπροσωπούμενης,

Κατά του, που εδρεύει στο, και εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), και

Κατά της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία, που εδρεύει στα, οδός αριθ., και εκπροσωπείται νόμιμα

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθεί, άλλως τροποποιηθεί-μεταρρυθμιστεί, η υπ' αριθ. 68/2020 Απόφαση της 5ης/15.04.2020 Συνεδρίασης Διοικητικού Συμβουλίου του Νοσοκομείου και κάθε συναφής, προγενέστερη ή μεταγενέστερη, πράξη της Αναθέτουσας Αρχής, που ελήφθη στα πλαίσια του διαγωνισμού για την προμήθεια **ΙΑΤΡΙΚΩΝ ΑΝΑΛΩΣΙΜΩΝ**.

Η παρεμβαίνουσα αιτείται να απορριφθεί η προσφυγή με σκοπό να διατηρηθεί σε ισχύ η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ιωάννα Θεμελή
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Αριθμός Απόφασης : 750/2020

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο ποσού 600 ευρώ, επί τη βάσει του εκτιμώμενου ποσού του διακριτού τμήματος της προμήθειας για το οποίο ασκείται η προσφυγή, ύψους του τμήματος 7.000 ευρώ χωρίς ΦΠΑ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό, εκτύπωση από την επίσημη ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ του ΥΠΟΙΚ με τα στοιχεία του παραβόλου και την ένδειξη *δεσμευμένο*, και το από 27-4-2020 αποδεικτικό πληρωμής του στη). Ειδικότερα, η προσφυγή αφορά στα είδη : 54 ΚΟΥΒΕΡΤΑ ΘΕΡΜΑΝΣΗΣ ΕΝΗΛΙΚΩΝ ΟΛΟΣΩΜΗ ΔΙΑΣΤΑΣΕΙΣ 100ΕΚ (±30)Χ200ΕΚ(±20), 55 ΚΟΥΒΕΡΤΕΣ ΘΕΡΜΑΝΣΗΣ ΠΑΙΔΙΑΤΡΙΚΗ ΟΛΟΣΩΜΗ 80(±20)120ΕΚ (± 20), 56 ΚΟΥΒΕΡΤΕΣ ΘΕΡΜΑΝΣΗΣ ΑΝΩ ΚΟΡΜΟΥ ΕΙΔΙΚΕΣ ΓΙΑ ΤΗΝ ΚΑΛΥΨΗ ΤΟΥ ΕΝΟΣ ΕΚ ΤΩΝ ΔΥΟ ΑΚΡΩΝ, ΔΙΑΣΤΑΣΕΙΣ 190ΕΚ.(± 10)Χ70ΕΚ (± 10) του διαγωνισμού, προϋπολογισμού αντίστοιχα 2.500, 1.000, 3.500 ευρώ και εν συνόλω 7.000 ευρώ χωρίς ΦΠΑ (όρος 1.3 της διακήρυξης), και συνεπώς έχει καταβληθεί το ελάχιστο νόμιμο ποσόν παραβόλου.

2. Επειδή με την υπ' αριθμ. Πρωτ. διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής διακηρύχθηκε *δημόσιος ηλεκτρονικός ανοικτός άνω των ορίων (διεθνής) διαγωνισμός για την προμήθεια ιατρικών αναλωσίμων, CPV :, για τις ανάγκες του Γενικού Νοσοκομείου «»*, επί ένα έτος, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Το αντικείμενο της προμήθειας αφορά σε 178 είδη, μεταξύ των οποίων και τα επίμαχα είδη με α/α 54, 55, 56, συνολικού προϋπολογισμού όλων των ειδών της προμήθειας, ποσού ευρώ 286.209,08 χωρίς ΦΠΑ (όρος 1.3 της διακήρυξης). Σύμφωνα με τον όρο 2.4 της διακήρυξης *«Οι προσφορές υποβάλλονται ... για το σύνολο της προκηρυχθείσας ποσότητας της προμήθειας ανά είδος /τμήμα.»*

3. Επειδή η προκήρυξη απεστάλη την 2-12-2019 για δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης και δημοσιεύτηκε την 4-12-2020 στο Συμπλήρωμα της ΕΕΕΕ με αριθ. Supplies, και το πλήρες κείμενο αυτής αναρτήθηκε την 6-12-2019 στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με Α.Δ.Α.Μ., καθώς και στην

Αριθμός Απόφασης : 750/2020

διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο διαγωνισμός έλαβε αριθμό συστήματος

4. Επειδή ο διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης, και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, και, επομένως, παραδεκτά έχει ασκηθεί η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ.

5. Επειδή στον διαγωνισμό συμμετείχαν 25 οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα, οι οποίες είναι οι μόνες διαγωνιζόμενες για τα επίμαχα είδη με α/α 54, 55, 56, έχοντας καταθέσει τις προσφορές τους υπ' αριθ. και αντίστοιχα.

6. Επειδή με την ήδη προσβαλλόμενη υπ' αριθ. 68/2020 απόφαση του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής που ελήφθη στην 5/15-4-2020 συνεδρίαση (θέμα 6), με ημερομηνία Πρακτικού Συνεδρίασης 49/9-12-2019, εγκρίθηκαν τα με ημερομηνία 7-2-2020, 20-2-2020, 9-4-2020 πρακτικά αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών, κρίθηκαν -μεταξύ άλλων- ως τεχνικά αποδεκτές οι προσφορές της προσφεύγουσας και της παρεμβαίνουσας για τα επίμαχα είδη, και ανακηρύχθηκε ως προσωρινή ανάδοχος η παρεμβαίνουσα με ποσόν προσφοράς 6.832 ευρώ, έναντι της προσφεύγουσας με προσφορά 7.000 ευρώ. Η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους οικονομικούς φορείς την 22-4-2020, μέσω της λειτουργικότητας *επικοινωνία* του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (εφεξής η *επικοινωνία*).

7. Επειδή κατά της ως άνω απόφασης ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα την 4-5-2020, με κατάθεση μέσω της *επικοινωνίας*, και με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017, και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

8. Επειδή την 5-5-2020 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη στο άρθ. 365 παρ. 1 περ. (α) του ν. 4412/20169 και στο άρθ.

Αριθμός Απόφασης : 750/2020

9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017 κοινοποίηση μέσω της *επικοινωνίας* της υπό εξέταση προσφυγής προς όλους τους διαγωνιζόμενους οικονομικούς φορείς.

9. Επειδή την 13-5-2020 η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε μέσω της *επικοινωνίας* προς την ΑΕΠΠ το με αριθ. πρωτ./13-5-2020 έγγραφο με τις απόψεις της επί της προσφυγής, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθ. 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και το άρθ. 9 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, καθώς και προς όλους τους διαγωνιζόμενους οικονομικούς φορείς μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα, σύμφωνα με τον νόμο.

10. Επειδή υπέρ της διατήρησης της προσβαλλόμενης απόφασης εμπρόθεσμα, με προφανές έννομο συμφέρον, καθόσον η προσφυγή στρέφεται κατά της αποδοχής της προσφοράς της και της ανάδειξής της ως προσωρινής αναδόχου, ασκήθηκε την 15-5-2020, παρέμβαση της αναδειχθείσας προσωρινής αναδόχου, με τον νόμιμο προβλεπόμενο τρόπο κατάθεσης στην *επικοινωνία*, κατ' άρθ. 362 ν. 4412/2016 και άρθ. 7 ΠΔ 39/2017. Περαιτέρω, την 12-6-2020 η παρεμβαίνουσα κατέθεσε στην *επικοινωνία* και *δεύτερη παρέμβαση*, η οποία δεν εξετάζεται στα πλαίσια της παρούσας διαδικασίας καθόσον έχει ασκηθεί εκπροθέσμως, ήτοι μετά την λήξη της 10ήμερης προβλεπόμενης στον νόμο αποκλειστικής προθεσμίας, η οποία περαιώθηκε ήδη την Δευτέρα 15-5-2020, δηλαδή 10 ημέρες μετά την κοινοποίηση της προσφυγής στην παρεμβαίνουσα (βλ. σκέψη 8 και άρθ. 362 ν. 4412/2016 και 7 ΠΔ 39/2017).

11. Επειδή η προσφεύγουσα κατέθεσε μέσω της *επικοινωνίας*, την 29-5-2020 Υπόμνημα, το οποίο φέρεται εξ ολοκλήρου επί των ισχυρισμών της παρέμβασης, και δεν εξετάζεται στα πλαίσια της παρούσας διαδικασίας, καθόσον απαραδέκτως ασκείται προς αντίκρουση της παρέμβασης, ενώ σύμφωνα με τον νόμο, το Υπόμνημα του προσφεύγοντος υποχρεωτικά φέρεται μόνον επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής (άρθ. 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016 ως τροποποιημένο ισχύει).

12. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360, και 366 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 παρ. 1, και 15 του ΠΔ 39/2017, κατόπιν της με αριθ. 539/2020 Πράξης της Προέδρου του 6^{ου}

Αριθμός Απόφασης : 750/2020

Κλιμακίου, περί ορισμού ημερομηνίας εξέτασης προδικαστικής προσφυγής και εισηγητή-κλήση περί απόψεων επί προσωρινών μέτρων.

13. Επειδή η προσφεύγουσα έχει προφανές έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής, με την οποία αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που αποδέχθηκε τη τεχνική προσφορά της μόνης συνδιαγωνιζόμενης και προσωρινής αναδόχου παρεμβαίνουσας, θεμελιώνοντας εν προκειμένω, το έννομο συμφέρον της, ως ένας εκ των δύο συμμετεχόντων οικονομικών φορέων με αποδεκτή προσφορά στον διαγωνισμό, που εύλογα προσδοκά να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση και, ως εκ τούτου, επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης, η οποία, κατά τη προσφυγή, παραβιάζει τους κανόνες που αφορούν στις διαδικασίες ανάθεσης, βασιζοντας το έννομο συμφέρον προς παροχή έννομης προστασίας στη ζημία από την -φερόμενη- παράνομη συμμετοχή της παρεμβαίνουσας, και στο επιδιωκόμενο προφανές όφελος από την απόρριψη των προσφορών της επί τω τέλει όπως αναδειχθεί η ίδια ανάδοχος της προμήθειας, έχοντας υποβάλει την αμέσως επόμενη, δεύτερη κατά σειρά, αποδεκτή και συμφερότερη οικονομική προσφορά βάσει τιμής (βλ. ΣτΕ 678/2016, ΕΑ ΣτΕ 1216/2006, ΣτΕ 678/2016, ΕΑ ΣτΕ 512/2002, 517/2001, ΣτΕ 956/95 ΔΔικ 1995/577, ΣτΕ Ολομ. 280/96, Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σελ 846- 7).

14. Επειδή η προσφεύγουσα, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής, προσκομίζοντας μετ' επικλήσεως σχετικά έγγραφα, επικαλούμενη τα άρθρ. 18, 71, 54, 91 του ν. 4412/2016, τους όρους 2.4.6, το Παράρτημα ΙΙ (σελ. 57) της διακήρυξης, ισχυρίζεται ότι έπρεπε να απορριφθεί η τεχνική προσφορά της προσωρινής αναδόχου διότι : « ... 2... τα προσφερόμενα από την προϊόντα για τις ανωτέρω κατηγορίες (υπό την ονομασία *Mistral-Air Blankets Plus*) αδιαμφισβήτητα δεν πληρούν το σύνολο των ανωτέρω εκ της Διακήρυξης τιθέμενων τεχνικών χαρακτηριστικών, καθιστώντας την τεχνική προσφορά της απορριπτέα και την προσβαλλόμενη απόφαση ακυρωτέα. 3. Ειδικότερα, τα εν λόγω προϊόντα: α) δεν διαθέτουν δυνατότητα ταχείας θέρμανσης (*boost*), παρά την ως άνω ρητή απαίτηση της Διακήρυξης (βλ. σελ. 57 Διακήρυξης όπου ορίζεται ότι ...«Η θερμαντική μονάδα να διαθέτει τουλάχιστον 3 επίπεδα ρύθμισης της θερμοκρασίας, καθώς και την δυνατότητα

Αριθμός Απόφασης : 750/2020

ταχείας θέρμανσης (boost), κλινικά σημαντικό σε περιπτώσεις όπου η νορμοθερμία του ασθενούς πρέπει να επιτευχθεί άμεσα») και β) το ακροφύσιο (hose) της θερμαντικής μονάδας δεν φέρει συνδετήρα (βλ. σελ. 57 Διακήρυξης όπου ορίζεται ότι ...«Το ακροφύσιο της θερμαντικής μονάδας να διαθέτει συνδετήρα ώστε να εξασφαλίζεται η συνεχής σύνδεση της κουβέρτας με την θερμαντική μονάδα για αποφυγή θερμικού τραυματισμού όπως σε περιπτώσεις υπερδιεγερτικών ασθενών»). Προς επίρρωση των ισχυρισμών μας παραπέμπουμε τόσο στην Τεχνική Προσφορά της εταιρείας (ορ. σελ. 5-7 αυτής – Σχετικό 4) και το σχετικό εγχειρίδιο χρήσης του εν λόγω προϊόντος (Σχετικό 5), έγγραφα στα οποία δεν αναγράφονται τα ζητούμενα τεχνικά χαρακτηριστικά, παρά τους ισχυρισμούς που παρέχονται στο Φύλλο Συμμόρφωσης, οι οποίοι τυγχάνουν προφανώς ανέρειστοι και ως εκ τούτου δεν δύνανται να ληφθούν υπόψη (Σχετικό 6). 4. Ως εκ τούτου, τυγχάνει προφανές από τα παραπάνω ότι τα προσφερόμενα από την ως άνω εταιρεία είδη στις κατηγορίες με α/α 54, 55 και 56 προδήλως δεν πληρούν τις απαιτούμενες τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης. Συνεπώς, η τεχνική προσφορά της εν λόγω εταιρείας τυγχάνει απορριπτέα, η δε Αναθέτουσα Αρχή παρά τον νόμο έκανε δεκτή την ως άνω προσφορά και προς τούτο η προσβαλλόμενη απόφαση τυγχάνει ακυρωτέα ... »

15. Επειδή η αναθέτουσα αρχή, στις απόψεις της επί της προσφυγής αναφέρει « ... Παρακαλούμε για την δική σας Απόφαση....»

16. Επειδή η παρεμβαίνουσα αναφέρει ότι «.. 4.1. Ως προς την δυνατότητα ταχείας θέρμανσης (boost), το οποίο αποτελεί χαρακτηριστικό της θερμαντικής μονάδας, που αποτελεί συνοδό εξοπλισμό του ζητούμενος είδους, που είναι οι κουβέρτες θέρμανσης, από την προσφορά μας προκύπτει ότι έχουν δυνατότητα ταχείας θέρμανσης, αφού σε αυτήν αναφέρεται ότι: « Με την ενεργοποίησή της επιτυγχάνουν την επιλεγείσα θερμοκρασία εντός μόνο 60sec. Και τη διατηρούν σταθερή για όσο απαιτηθεί. Επίσης, για λόγους ασφαλείας, όταν τίθενται σε λειτουργία παρέχουν αυτόματα μεσαία κλίμακα θερμοκρασίας $38 \pm 2^{\circ}\text{C}$ », ενώ παράλληλα «διαθέτουν μικροπόρους παροχής θερμότητας σε όλη την επιφάνεια τους ώστε να παρέχουν άμεση μετάδοση της θερμότητας στον ασθενή». Σημειώνεται ότι στην διακήρυξη δεν προσδιορίζεται σε τι συνίσταται η ταχεία θέρμανση, δηλ. σε πόσο χρόνο πρέπει αυτή να επιτυγχάνεται, αλλά, σε κάθε περίπτωση, η επίτευξη μεσαίας κλίμακας

Αριθμός Απόφασης : 750/2020

θερμοκρασίας $38 \pm 2^{\circ}\text{C}$ εντός μόνο 60sec, τεχνικό στοιχείο το οποίο δεν αμφισβητείται ούτε από την προσφεύγουσα και διαπιστώθηκε και από την αναθέτουσα αρχή κατά την τεχνική αξιολόγηση των δειγμάτων, συνιστά χαρακτηριστικό που προσδιορίζει τη δυνατότητα ταχείας θέρμανσης. Με την δυνατότητα ταχείας θέρμανσης αυτό που σκοπείται είναι η επίτευξη άμεσης νορμοθερμίας του ασθενούς, γεγονός που με τη συσκευή μας επιτυγχάνεται αυτόματα. Σημειώνεται, δε, ότι οι συσκευές που παρέχουμε εμείς είναι τεχνολογικά πολύ πιο εξελιγμένες, καθώς, η δυνατότητα ταχείας θέρμανσης με τη δική μας συσκευή γίνεται αυτόματα, λόγω της προεπιλογής (by default) της μεσαίας κλίμακας θερμοκρασίας, χωρίς να υπάρχει ανάγκη προηγούμενης επιλογής της θερμοκρασίας. Συνεπώς, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί του αντιθέτου είναι αβάσιμος.

4.2. Αναφορικά με την σύνδεση της κουβέρτας με το σωλήνα θέρμανσης αυτή επιτυγχάνεται με συνδετήρα, ο οποίος, όπως προκύπτει ρητώς από την τεχνική μας προσφορά συνίσταται σε πατενταρισμένες υποδοχές σύνδεσης με διπλούς κρίκους ασφαλείας που εξασφαλίζουν εύκολη και ασφαλή σύνδεση, της θερμαντικής κουβέρτας με την θερμαντική μονάδα, στοιχείο που είναι και το ζητούμενο στη διακήρυξη (βλ. σχετική επισυναπτόμενη εικόνα). Σημειώνεται ότι η διακήρυξη δεν προσδιορίζει σε τι ακριβώς θα συνίσταται ο ζητούμενος συνδετήρας, παρά μόνο τον σκοπό που καλείται να εξυπηρετήσει, ο οποίος και επιτυγχάνεται απολύτως από τα προϊόντα της εταιρείας μας με τις εν λόγω υποδοχές σύνδεσης. Άλλωστε, από την εμπειρία χρήσης της συσκευής μας στην πράξη, έχει αποδειχθεί η απολύτως ασφαλής σύνδεση της κουβέρτας με τον σωλήνα θέρμανσης σε κάθε κλινική κατάσταση των ασθενών, διεγερτικών ή μη. Συνεπώς και ο ισχυρισμός αυτός της προσφεύγουσας περί του αντιθέτου είναι αβάσιμος. Επιπλέον, επισημαίνουμε ακόμη, ότι το εξάρτημα που αναφέρει η προσφεύγουσα ότι διαθέτει η συσκευή της, δήθεν, ως συνδετήρα που υποτίθεται ότι βρίσκεται στο ακροφύσιο της θερμαντικής συσκευής και την συνδέει με την κουβέρτα, ουδόλως είναι τέτοιο. Το προϊόν που προσφέρει η καθής διαθέτει ένα clip το οποίο δεν υποστηρίζει τη σύνδεση της κουβέρτας, ώστε να εξασφαλίζεται η συνεχής σύνδεση αυτής με την θερμαντική μονάδα για την αποφυγή τραυματισμών, όπως ορίζεται στην διακήρυξη, αλλά χρησιμοποιείται μόνο για τη πιθανή σταθεροποίηση του σωλήνα θέρμανσης με το σεντόνι του ασθενούς. Επίσης, δεν βρίσκεται σταθερά στο ακροφύσιο αλλά

Αριθμός Απόφασης : 750/2020

μετακινείται κατά μήκος του σωλήνα. Αντίστοιχο μάλιστα εξάρτημα διαθέτει και η δίκη μας συσκευή και συνοδεύει το μηχάνημα στη συσκευασία του. 4.3. Προκύπτει, επομένως, ότι η προσφορά της εταιρείας μας είναι απολύτως σύμφωνη με την Διακήρυξη και ορθώς έγινε αποδεκτή από την Αναθέτουσα Αρχή, αφού τα προϊόντα που προσφέραμε πληρούν όλους τους όρους αυτής.

5. Αντιθέτως, η προσφορά της προσφεύγουσας παρουσιάζει αποκλίσεις από τις απαιτήσεις του διαγωνισμού για τις οποίες, δεν υποβάλαμε προσφυγή, ως μη έχοντες έννομο συμφέρον προς τούτο, αφού τα προϊόντα κατακυρώθηκαν στην εταιρεία μας, ως μειοδότηρια. Πέραν των όσων, ήδη, επισημάναμε σχετικά με το γεγονός ότι η συσκευή της καθής δεν διαθέτει συνδετήρα του θερμαντικού σώματος με την κουβέρτα, αλλά ένα απλό clip, μετακινούμενο κατά το μήκος του σωλήνα, θα πρέπει να γίνει αναφορά, ακόμη, στα ακόλουθα: Η καθής στο είδος με α/α 55, για το οποίο ζητούνται διαστάσεις 80 εκ. (± 20)X120εκ(± 20), προσέφερε προϊόν του κατασκευαστικού οίκου με κωδικό προϊόντος Ενώ, δε, στην τεχνική της προσφορά αναφέρει ότι το εν λόγω προϊόν έχει διαστάσεις 68 x 123 εκ., από το τεχνικό της φυλλάδιο προκύπτει ότι το προϊόν με το συγκεκριμένο κωδικό δεν έχει τις ως άνω διαστάσεις, αλλά διαστάσεις 76 x 145 εκ, με αποτέλεσμα να είναι η προσφορά της άοριστη, ενώ, σημειωτέον, η διάσταση μήκους των 145 εκ. εκφεύγει του περιθωρίου των 20 εκ. που επιτρέπεται από την Διακήρυξη απόκλιση από τα ζητούμενα 120 εκ (μέγιστο αποδεκτό μήκος 140 εκ.). Επιπλέον, στο είδος με α/α 56, για το οποίο ζητούνται διαστάσεις 190 εκ. (± 10)X70 εκ. (± 10), η προσφεύγουσα προσέφερε προϊόν του ίδιου ως άνω κατασκευαστικού οίκου με κωδικό προϊόντος Τόσο, δε, από την τεχνική της προσφορά, όσο και από το prospectus που προσκομίζει προκύπτει ότι αυτό έχει διαστάσεις 208 cm X 71 cm, δηλαδή, η διάσταση πλάτους των 208 cm εκφεύγει του περιθωρίου των 10 εκ. που επιτρέπεται από την Διακήρυξη ως απόκλιση από τα ζητούμενα 190 εκ (μέγιστο αποδεκτό πλάτος 200 εκ.). Σημειώνεται, δε, ότι τα εκάστοτε προβλεπόμενα στη διακήρυξη μεγέθη είναι πάντοτε αυτά της ξεφούσκωτης κουβέρτας, καθώς σ' αυτή την κατάσταση είναι περισσότερο ευχερής η μέτρηση της.»

17. Επειδή είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι όλοι οι ισχυρισμοί της παρέμβασης με τους οποίους η παρεμβαίνουσα στρέφεται κατά της προσφοράς της προσφεύγουσας υποστηρίζοντας ότι τα προσφερόμενα είδη

Αριθμός Απόφασης : 750/2020

δεν εκπληρώνουν τις τεθείσες τεχνικές προδιαγραφές. Και τούτο επειδή, οι ισχυρισμοί αυτοί με τους οποίους αμφισβητείται η προσβαλλόμενη απόφαση που αποδέχθηκε την τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας και κατατείνουν σε απόρριψη της προσφοράς της -παρότι τούτο δεν ζητείται ούτε θα μπορούσε παραδεκτά να ζητείται με την παρέμβαση- παρίστανται απαράδεκτοι, δεδομένου ότι η παρέμβαση σύμφωνα με τον νόμο και ιδία σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθ. 362 ν. 4412/2016 και άρθ. 7 ΠΔ 39/2017, δεν μπορεί παρά να κατατείνει μόνο στην διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης και στην ορθότητα των λόγων της, και όχι στην αμφισβήτηση της νομιμότητας και του κύρους της, όπως εν προκειμένω.

18. Επειδή στο άρθρο 18 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «*Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων*» του ν. 4412/2016 (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), ορίζεται ότι «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης [...]».

19. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 « 1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων [...] προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης [...] περιέχουν ιδίως: [...] ε) την ακριβή περιγραφή του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης [...] ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, [...] καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης [...] ιζ) τους απαραίτους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς[...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.), [...]».

20. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 54 του ν. 4412/2016 «*Τεχνικές προδιαγραφές (άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)*»: «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται στην περίπτωση 1 του Παραρτήματος VII του

Αριθμός Απόφασης : 750/2020

Προσαρτήματος Α' παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών [...] 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 [...]».

21. Επειδή σύμφωνα με το Παράρτημα VIII του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «ΟΡΙΣΜΟΣ ΟΡΙΣΜΕΝΩΝ ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ» ορίζεται ότι «Για τους σκοπούς του Βιβλίου I νοούνται ως : 1. «τεχνική προδιαγραφή»: ένα από τα ακόλουθα : α) όταν πρόκειται για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών [...]: η προδιαγραφή που περιέχεται σε έγγραφο το οποίο προσδιορίζει τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά ενός προϊόντος... όπως τα επίπεδα ποιότητας, της επίπεδα της περιβαλλοντικής και κλιματικής επίδοσης, ο σχεδιασμός για όλες τις απαιτήσεις [...] και η αξιολόγηση της συμμόρφωσης της καταλληλότητας, της χρήσης του προϊόντος, της ασφάλειας ή των διαστάσεων του, συμπεριλαμβανομένων των απαιτήσεων που ισχύουν για το προϊόν όσον αφορά την ονομασία πώλησης, την ορολογία, τα σύμβολα, τις δοκιμές και μεθόδους δοκιμών, τη συσκευασία, τη σήμανση και την επίθεση ετικετών, τις οδηγίες για τους χρήστες, τις διαδικασίες και μεθόδους παραγωγής σε οποιοδήποτε στάδιο του κύκλου ζωής του αγαθού ή της υπηρεσίας, καθώς και τις διαδικασίες αξιολόγησης της συμμόρφωσης [...]».

22. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 71 του ν. 4412/2016 « Οι συμβάσεις ανατίθενται [...] εφόσον η αναθέτουσα αρχή έχει επαληθεύσει σύμφωνα με τα άρθρα 79 έως και 81, ότι πληρούνται όλες οι κατωτέρω προϋποθέσεις: α) η προσφορά συνάδει με τις απαιτήσεις, τις προϋποθέσεις και τα κριτήρια που προβλέπονται στην προκήρυξη σύμβασης [...] και στα έγγραφα της σύμβασης [...]».

23. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 91 του ν. 4412/2016 «1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά : α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της

Αριθμός Απόφασης : 750/2020

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.[...].»

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

25. Επειδή στο άρθρ. 100 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο « Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών και αιτήσεων συμμετοχής στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων προμηθειών και παροχής γενικών υπηρεσιών» ορίζεται ότι « 1. Το αρμόδιο όργανο προβαίνει στην έναρξη της διαδικασίας αποσφράγισης των προσφορών την ημερομηνία και ώρα που ορίζεται από τα έγγραφα της σύμβασης ή από τη σχετική πρόσκληση. [...] 2. Τα επιμέρους στάδια στην ανοικτή διαδικασία [...] όταν οι εν λόγω διαδικασίες δεν διενεργούνται με ηλεκτρονικό τρόπο, έχουν ως εξής: ... β) Στη συνέχεια το αρμόδιο όργανο προβαίνει στην αξιολόγηση της τεχνικής προσφοράς, σύμφωνα με τους όρους των εγγράφων της σύμβασης [...]. 6. Τα παραπάνω οριζόμενα στις παραγράφου 1 έως 3 προσαρμόζονται για τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων προμηθειών και παροχής γενικών υπηρεσιών που διενεργούνται με ηλεκτρονικό τρόπο, σύμφωνα με τα άρθρα 22 και 36, με την απόφαση της παρ. 5 του άρθρου 36.

26. Επειδή στον όρο 1. ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑ ΑΡΧΗ ΚΑΙ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ ΣΥΜΒΑΣΗΣ της διακήρυξης προβλέπεται ότι «... 1.3 Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης.. ΠΙΝΑΚΑΣ ΕΙΔΩΝ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ.. 54 ΚΟΥΒΕΡΤΑ ΘΕΡΜΑΝΣΗΣ ΕΝΗΛΙΚΩΝ ΟΛΟΣΩΜΗ ΔΙΑΣΤΑΣΕΙΣ 100ΕΚ.(±30)Χ200ΕΚ(± 20) 55 ΚΟΥΒΕΡΤΕΣ ΘΕΡΜΑΝΣΗΣ ΠΑΙΔΙΑΤΡΙΚΗ ΟΛΟΣΩΜΗ 80(± 20)120ΕΚ (± 20) 56 ΚΟΥΒΕΡΤΕΣ ΘΕΡΜΑΝΣΗΣ ΑΝΩ ΚΟΡΜΟΥ ΕΙΔΙΚΕΣ ΓΙΑ ΤΗΝ ΚΑΛΥΨΗ ΤΟΥ ΕΝΟΣ ΕΚ ΤΩΝ ΔΥΟ ΑΚΡΩΝ,ΔΙΑΣΤΑΣΕΙΣ 190ΕΚ.(± 10)Χ70ΕΚ (± 10)... » Περαιτέρω, στον όρο 2. ΓΕΝΙΚΟΙ ΚΑΙ ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ προβλέπεται ότι «..

Αριθμός Απόφασης : 750/2020

2.4 Κατάρτιση - Περιεχόμενο Προσφορών 2.4.1 Γενικοί όροι υποβολής προσφορών Οι προσφορές υποβάλλονται με βάση τις απαιτήσεις που ορίζονται στο Παράρτημα II της Διακήρυξης.. 2.4.2.3. 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... 2.4.3.2 Τεχνική προσφορά Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο "Απαιτήσεις-Τεχνικές Προδιαγραφές" του Παραρτήματος II & IV 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.. Μέσα στον (υπο) φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής- Τεχνική προσφορά» τοποθετούνται:... Η τεχνική προσφορά του υποψηφίου αναδόχου, στην οποία απαραίτητα πρέπει να συμπεριλαμβάνεται το φύλλο συμμόρφωσης του Παραρτήματος IV και όλα τα δικαιολογητικά που απαιτούνται από τις τεχνικές προδιαγραφές του Παραρτήματος II της παρούσας διακήρυξης (81 Αυτά περιλαμβάνουν τα αποδεικτικά στοιχεία που τεκμηριώνουν την τεχνική καταλληλότητα των προσφερομένων ειδών βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η τεχνική προσφορά. Αναφέρονται υποχρεωτικά τα αποδεικτικά στοιχεία που τυχόν προβλέπονται στις τεχνικές προδιαγραφές του προς προμήθεια αγαθού, σύμφωνα με Παράρτημα της Διακήρυξης και τυχόν υπόδειγμα τεχνικής προσφοράς) ... 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 ... 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), ...β) η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή εφόσον

Αριθμός Απόφασης : 750/2020

επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και την συμπλήρωσή της σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσης διακήρυξης...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. ...» Ακολούθως, στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙ-ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΕΙΔΩΝ για όλα τα επίμαχα είδη 54, 55, 56 ορίζεται μεταξύ άλλων ότι «... • Το ακροφυσίο της θερμαντικής μονάδας να διαθέτει συνδετήρα ώστε να εξασφαλίζεται η συνεχής σύνδεση της κουβέρτας με τη θερμαντική μονάδα για αποφυγή θερμικού τραυματισμού όπως σε περιπτώσεις υπερδιεγερτικών ασθενών.... • Η θερμαντική μονάδα να διαθέτει τουλάχιστον 3 επίπεδα ρύθμιση της θερμοκρασίας καθώς και την δυνατότητα ταχείας θέρμανσης (boost) κλινικά σημαντικό σε περιπτώσεις όπου η νορμοθερμία του ασθενούς πρέπει να επιτευχθεί άμεσα....» Περαιτέρω, στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙV – ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ ΦΥΛΛΟ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ ορίζεται ότι «Ο προμηθευτής υποχρεούται μαζί με την προσφορά να υποβάλει και ΦΥΛΛΟ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ. Αυτό είναι φύλλο συσχέτισεως της προσφοράς με τις απαιτήσεις της παρούσας περιγραφής. Στο φύλλο αυτό θα αναφέρονται με λεπτομέρεια όλες οι υπάρχουσες συμφωνίες ή αποκλίσεις των χαρακτηριστικών των προσφερομένων ειδών σε σχέση με τα αναφερόμενα στην παρούσα περιγραφή. Ο προμηθευτής θα πρέπει να απαντά μία προς μία και με την ίδια σειρά όλες σε όλες τις τεχνικές προδιαγραφές του Παραρτήματος ΙΙ της διακήρυξης.

ΥΠΟΔΕΙΓΜΑ ΦΥΛΛΟΥ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ

Α/Α	ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ	ΑΠΑΙΤΗΣΗ	ΑΠΑΝΤΗΣΗ	ΠΑΡΑΠΟΜΠΗ
(Αύξων αριθμός)	(Της διακήρυξης)	ΝΑΙ	(Η απάντηση του προσφέροντα σχετικά με τη συμφωνία ή μη με τις τεχνικές απαιτήσεις της διακήρυξης)	(Σαφής παραπομπή στα επισυναπτόμενα έγγραφα- εγχειρίδια, προς τεκμηρίωση της απάντησης)

..... »

27. 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

Αριθμός Απόφασης : 750/2020

(ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003, ΣΤΕ Ε.Α. 523/2010), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (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, IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000). Ως εκ τούτου, προσφορές που δεν πληρούν τις ανωτέρω απαιτήσεις, καθίστανται απορριπτές, ακόμη και στις περιπτώσεις που η διακήρυξη δεν αναφέρει ρητά (κατά μείζονα δε λόγο, όταν ορίζει) ότι οι εν λόγω απαιτήσεις τάσσονται επί ποινή αποκλεισμού (ΕΑ ΣΤΕ 79/ 2009, πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 26/2007 κ.ά.). Τα παραπάνω προκύπτουν και από την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή των κριτηρίων ανάθεσης και την κρίση επί των προδιαγραφών και προσκομιζόμενων δικαιολογητικών κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construcrtion Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54), καθώς οι προσφορές τους θα αξιολογηθούν στα επόμενα στάδια επί τη βάση των όσων δήλωσαν, προσκόμισαν και εν τέλει ίσχυαν κατά τον ως άνω κρίσιμο χρόνο (ήτοι αυτόν της ολοκλήρωσης χρόνου υποβολής προσφορών).

28. Επειδή σε συνέχεια των ως άνω, σύμφωνα με το Ελεγκτικό Συνέδριο λόγω της εφαρμοζόμενης στους δημόσιους διαγωνισμούς αρχή της τυπικότητας, όλες οι διατάξεις της Διακήρυξης καθιερώνουν ουσιώδεις όρους με εξαίρεση εκείνες για τις οποίες προκύπτει το αντίθετο, με συνέπεια, ελλείψει αντίθετης ρητής διάταξης, τυχόν παραβίαση διατάξεων που αφορούν στις τεχνικές προδιαγραφές ή/και τον τρόπο υποβολής των προσφορών των διαγωνιζομένων συνεπάγεται το απαράδεκτο αυτών, και πολλώ δε μάλλον όταν η τυχόν παραβίαση προβλέπεται ρητά επί ποινή αποκλεισμού (Ελ. Συν. VI Τμήμα, Αποφ. 24995, 1949/2009. Πρ. 115, 10/2008, 222/2005, Ζ' Κλιμάκιο, Πρ. 116/2012, 1177/2009), πολλώ, δε, μάλλον όταν υφίσταται ρητή πρόβλεψη ότι συγκεκριμένος όρος τίθεται επί ποινή αποκλεισμού.

Αριθμός Απόφασης : 750/2020

29. 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 εφόσον είναι σαφής (βλ. εξ αντιδιαστολής Απόφαση *Pirro Pizzo*, C-27/2015 της 2ας Ιουνίου 2016, σκέψη 51).

30. Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας προϋποθέτει, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού, 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, 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).

31. 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*, σκ. 25 και C-599/10, *SAG*

Αριθμός Απόφασης : 750/2020

ELV Slovenko κλπ, 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*, σκ. 27). Τούτο ισχύει κατά μείζονα λόγο σε περίπτωση ενδεχόμενου αποκλεισμού από τη διαδικασία (C27/15, *Pirro Pizzo*, ECLI:C:2016:404, σκ. 42).

32. Επειδή οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (ΣΤΕ 743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction Ltd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

33. Επειδή, κατά γενική αρχή του δικαίου που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς, δεν επιτρέπεται η μετά τη διενέργεια (ή κατά τη διάρκεια) διαγωνισμού τροποποίηση των όρων της διακηρύξεως που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο που τον διέπει και η βάσει των νέων όρων αξιολόγηση (πρβλ σχετ. Ε.Α. 179/2009 σκ.5). Αποκλεισμός τεχνικής προσφοράς προβλέπεται μόνο στην περίπτωση απόκλισης από τους απαραίτατους όρους της διακήρυξης, ως τέτοιοι δε θεωρούνται στο σύνολό τους οι τεχνικές προδιαγραφές (Ε.Α. ΣΤΕ 1740/2004, 93, 316, 563/2006).

34. Επειδή, με βάση την αρχή της τυπικότητας των δημόσιων διαγωνισμών, όταν έχει τεθεί όρος στη Διακήρυξη επί ποινή αποκλεισμού - είτε ουσιαστικός, είτε τυπικός - κάθε διαγωνιζόμενος έχει δικαίωμα να επικαλεσθεί παράβασή του και να επιδιώξει τον αποκλεισμό των άλλων διαγωνιζόμενων, προς διασφάλιση της αρχής της διαφάνειας, του ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων (ΣΤΕ 194/2011).

35. Επειδή ως προκύπτει από τα στοιχεία της διαδικασίας, όπως είναι αναρτημένα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η παρεμβαίνουσα κατέθεσε με την τεχνική της προσφορά φύλλο συμμόρφωσης -ως απαιτείται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ IV και στον όρο 2.4.3.2 της διακήρυξης- όπου εν σχέσει με

Αριθμός Απόφασης : 750/2020

τα επίμαχα είδη δήλωσε ότι πληροί τις τεθείσες τεχνικές προδιαγραφές, και παρέπεμψε προς απόδειξη της συμμόρφωσης των προσφερομένων ειδών στη « *ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ* ΣΕΛ. 5-7, *PROSPECTUS 1, ISO &* ». Περαιτέρω, στο ηλεκτρονικό αρχείο της προσφοράς με τον τίτλο *ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ* η παρεμβαίνουσα δήλωσε ότι προσφέρει τα είδη με την εμπορική ονομασία “.....”, του Οίκου *The* (πρώην-*The Surgical Company International*), τα οποία ως προς τις επιλογές θερμοκρασίας δηλώθηκε ότι παρέχουν τις εξής λειτουργίες «... *Διαθέτουν τέσσερις επιλογές παροχής θερμοκρασίας: θερμοκρασία περιβάλλοντος, 32oC(± 2oC), 38oC(± 2oC), 43oC (± 2oC). Με μικροεπεξεργαστή & ενσωματωμένους αισθητήρες θερμοκρασίας που εξασφαλίζουν την ακριβή επίτευξη της επιλεγείσας θερμοκρασίας. Με την ενεργοποίησή τους επιτυγχάνουν την επιλεγείσα θερμοκρασία εντός μόνο 60 sec. και τη διατηρούν σταθερή για όσο απαιτηθεί. Επίσης, για λόγους ασφαλείας, όταν τίθενται σε λειτουργία παρέχουν αυτόματα την μεσαία κλίμακα θερμοκρασίας 38 ± 2°C..» Περαιτέρω, η παρεμβαίνουσα κατέθεσε με την προσφορά της τεχνικό φυλλάδιο του κατασκευαστή με τον τίτλο *PROSPECTUS 1*, προς απόδειξη της εκπλήρωσης των τεχνικών προδιαγραφών, όπου εν σχέσει με όλα τα προσφερόμενα είδη αναφέρεται ότι διατίθενται με *ρυθμίσεις θερμοκρασίας στους 32° C, 38° C, 43° C ή θερμοκρασία περιβάλλοντος (Set temperature 32° C, 38° C, 43° C or Ambient Air)*. Περαιτέρω, από τις πιστοποιήσεις κατά ISO της παρεμβαίνουσας και ISO και CE της κατασκευάστριας εταιρείας δεν προκύπτουν οι ρυθμίσεις θερμοκρασίας των προσφερομένων ειδών (βλ. ISO με αριθ./28-9-2018, 2081762 με ημερομηνία λήξης 1-1-20121, CE με αριθ. με ισχύ μέχρι τον Μάρτιο 2023, Addendum CE Marking of Conformity, EC Declaration of Conformity με ημερομηνία 16-6-2017, ISO με αριθ., EC Certificate με ημερομηνία 12-12-2017, Declaration of Conformity με αριθ. της 2-6-2016). Συνεπώς, όπως βάσιμα αναφέρεται στην προσφυγή, δεν απεδείχθη από την τεχνική προσφορά της παρεμβαίνουσας ότι τα προσφερόμενα είδη διαθέτουν *δυνατότητα ταχείας θέρμανσης (boost)* ως διακριτή και επί πλέον απαιτούμενη τεχνική προδιαγραφή επιπροσθέτως της *δυνατότητας ρύθμισης της θερμοκρασίας σε τουλάχιστον 3 επίπεδα* ως ρητώς απαιτείται στην διακήρυξη (*ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙ-ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ**

Αριθμός Απόφασης : 750/2020

ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΕΙΔΩΝ της διακήρυξης σκέψη 26). Συγκεκριμένα δεν αποδεικνύεται η δήλωση του Φύλλου Συμμόρφωσης περί εκπλήρωσης της επίμαχης προδιαγραφής, από τα προσκομιζόμενα ηλεκτρονικά αρχεία της προσφοράς με τον τίτλο ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ και PROSPECTUS 1, όπου δεν αναφέρεται η δυνατότητα ταχείας θέρμανσης (boost) ενώ συγχρόνως από κανένα άλλο στοιχείο της προσφοράς δεν προκύπτει η εκπλήρωση της συγκεκριμένης προδιαγραφής. Η αναθέτουσα αρχή δεν αμφισβητεί στις απόψεις της (σκέψη 15) ότι η τεχνική προσφορά της παρεμβαίνουσας δεν εκπληρώνει την επίμαχη τεχνική προδιαγραφή, ενώ συγχρόνως από τις υποβληθείσες απόψεις συνάγεται και τεκμήριο ομολογίας της αναθέτουσας αρχής περί των ουσιαστικών και νομικών ισχυρισμών ήτοι επί της *πραγματικής βάσης* της προσφυγής κατ' άρθ. 365 παρ. 2 του ν. 4412/2016. Περαιτέρω είναι απορριπτέοι ως αλυσιτελείς οι ισχυρισμοί της παρέμβασης ότι η απαιτούμενη *δυνατότητα ταχείας θέρμανσης* εξασφαλίζεται με τις επάλληλες δυνατότητες *ενεργοποίησης της επιλεγείσας θερμοκρασίας σε 60 δευτερόλεπτα*, με την παροχή αυτομάτως της *μεσαίας κλίμακας θερμοκρασίας $38 \pm 2^{\circ} C$* άμα τη ενεργοποίησή της συσκευής, και στην κατασκευή των συσκευών με μικροπόρους ώστε να παρέχεται *άμεση μετάδοση της θερμότητας στον ασθενή*. Και τούτο διότι εν προκειμένω δεν έχει προβλεφθεί εναλλακτικός τρόπος επίτευξης της *ταχείας θέρμανσης*, ει μη μόνον με την δυνατότητα της θερμαντικής μονάδας να παρέχει τουλάχιστον 3 επίπεδα ρύθμισης της θερμοκρασίας και επί πλέον με την *δυνατότητα ταχείας θέρμανσης (boost)* ως διακριτός τεχνικός όρος. Η απαιτούμενη *δυνατότητα ταχείας θέρμανσης (boost)* δεν συσχετίζεται με την ταχεία επίτευξη της επιλεγείσας θερμοκρασίας κάθε ενός ή οποιουδήποτε από τα 3 επίπεδα θέρμανσης, ούτε με την αυτορρύθμιση στη μεσαία κλίμακα θερμοκρασίας σε περίπτωση που ενεργοποιηθεί το θερμαντικό σώμα χωρίς να έχει επιλεγεί το επίπεδο θερμοκρασίας -πράγμα το οποίο ρητά συσχετίζεται με λόγους ασφαλείας-, ούτε με την επίτευξη ταχέως της επιθυμητής θερμοκρασίας λόγω της συγκεκριμένης κατασκευής με μικροπόρους του θερμαντικού σώματος. Επίσης αλυσιτελώς η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι με την προσφερθείσα συσκευή της επιτυγχάνεται αυτόματα η *άμεση νορμοθερμία του ασθενούς*, καθώς εν προκειμένω δεν αμφισβητείται εάν και πώς επιτυγχάνεται η *άμεση νορμοθερμία* αλλά εάν τα προσφερόμενα είδη διαθέτουν την διακριτή επιλογή

Αριθμός Απόφασης : 750/2020

ταχείας θέρμανσης (*boost*). Ειδικότερα η *δυνατότητα ταχείας θέρμανσης (boost)* δεν έχει προβλεφθεί ως γενική τεχνική προδιαγραφή που συσχετίζεται με την επίτευξη εν γένει ταχείας θέρμανσης, αλλά ως κεχωρισμένη επί πλέον τεχνική λειτουργικότητα όπως κατ' επιλογήν να μπορεί να τίθεται σε λειτουργία ειδικά η συγκεκριμένη *ταχεία θέρμανση (boost)*. Επί πλέον όλοι οι παραπάνω ισχυρισμοί της παρέμβασης προβάλλονται απαραδέκτως, καθόσον στηρίζονται ενέχουν και κατατείνουν στην αμφισβήτηση της ρητής και σαφούς ως άνω τεχνικής προδιαγραφής. Ειδικότερα, η παρεμβαίνουσα ουσιαστικά ισχυρίζεται ότι σε σχέση με τα προσφερόμενα είδη παρέλκει εν προκειμένω η *δυνατότητα ταχείας θέρμανσης (boost)* ως διακριτού και επιλέξιμου κατά την χρήση τεχνικού χαρακτηριστικού των ειδών, διότι κατά την προσφυγή τα προσφερόμενα είδη θερμαίνονται ταχέως και επειδή επίσης αυτομάτως και πάντως ταχέως επιτυγχάνεται η μεσαίας κλίμακας θερμοκρασία και επειδή εξασφαλίζεται η νορμοθερμία του ασθενούς. Ήδη η παρεμβαίνουσα επανέρχεται απαραδέκτως επί του ανωτέρω σαφούς ρητού και ουσιώδους όρου της διακήρυξης, τον οποίο αμφισβητεί στην ουσία με τον ισχυρισμό ότι -ειδικά ως προς τα προσφερόμενα από την ίδια είδη- πρόκειται περί περιττού όρου λόγω της ταχείας -κατά την κρίση της- εν γένει θέρμανσης των ειδών. Ωστόσο, ι) έχει *ad hoc* παγίως κριθεί ότι ανεπικαίρως και απαραδέκτως, επ' ευκαιρία προσβολής μεταγενέστερης πράξεως, η οποία εντάσσεται σε διαφορετικό στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας –και εν προκειμένω της προσβαλλόμενης απόφασης επί των τεχνικών προσφορών- προβάλλεται λόγος, με τον οποίο αμφισβητείται πράξη προηγούμενου σταδίου του διαγωνισμού –και εν προκειμένω η διακήρυξη- δοθέντος ότι έχει παρέλθει η εκ του νόμου προβλεπόμενη αποκλειστική προθεσμία (ΔΕφ 100/2015, ΔΕφΑθ 426/2015, ΣτΕ 17/2018, ΣτΕ 2770/2013, 5690/1996, 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ. 1415/2000 Ολομ., 3602/2005 επταμ., 702/2008, 1794/2008, 1667/2011 Ολομ., 3952/2011, 2137/2012, ΔΕΚ απόφαση της 12.2.2002, Universale-Bau AG, C-470/99, σκέψεις 65 έως 79, και απόφαση της 27.2.2003, Santex SpA, C-327/00, σκέψεις 32 έως 56, και απόφαση της 14.2.2019, Cooperativa Animazione Valdocco Soc. Coop. Impresa Sociale Onlus σκέψεις 39 έως 50, και σκέψη 52), και ii) Σε κάθε περίπτωση, σύμφωνα με το άρθρ. 367 του ν. 4412/2016, ως τροποποιημένο ισχύει δεν χωρεί εν προκειμένω παρεμπόπτων έλεγχος των επίμαχων όρων

Αριθμός Απόφασης : 750/2020

της διακήρυξης περί της υποχρεωτικής συμμόρφωσης των προσφερομένων ειδών με τη τεθείσα τεχνική προδιαγραφή, διότι σύμφωνα με τον νόμο *Η Α.Ε.Π.Π. επιλαμβάνεται αποκλειστικά επί θεμάτων που τίγονται με την προσφυγή και δεν μπορεί να ελέγξει παρεμπιπτόντως όρους της διακήρυξης*. Συνεπώς, για το λόγους αυτούς πρέπει να απορριφθούν και ως απαράδεκτοι οι υπό εξέταση ισχυρισμοί της παρέμβασης. Επομένως, σύμφωνα με τον νόμο και τους όρους της διακήρυξης, η προσφορά της παρεμβαίνουσας προσωρινής αναδόχου για τα είδη 54, 55, 56 έπρεπε να απορριφθεί κατά δέσμια αρμοδιότητα, καθώς δεν απεδείχθη από τα στοιχεία της τεχνικής προσφοράς ότι τα προσφερόμενα προϊόντα προσφέρουν δυνατότητα επιλογής ταχείας θέρμανσης (boost) επί πλέον και διακριτά σε σχέση με την δυνατότητα επιλογής 3 επιπέδων θερμοκρασίας, σύμφωνα με τα άρθ. 18, 53, 54, Παράρτημα VIII, 71, 91, 94 και 100 του ν. 4412/2016 (σκέψεις 18 έως 25), τους όρους 2.4.3.2, 2.4.6, *ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙ-ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ* της διακήρυξης, (σκέψη 26), και σύμφωνα με τις αρχές της νομιμότητας της τυπικότητας της διαφάνειας που διέπουν τους δημόσιους διαγωνισμούς (παραπάνω σκέψεις 27-34 εκτενώς), και συνεπώς είναι ακυρωτέα η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που κάνει αποδεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας για τα επίμαχα είδη 54, 55 και 56.

36. Επειδή κατόπιν της παραπάνω σκέψης 35 προκύπτει επαρκές και αυτοδύναμο αιτιολογικό έρεισμα ακύρωσης της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που αποδέχθηκε τη τεχνική προσφορά της παρεμβαίνουσας για τα είδη με αα 54, 55 και 56. Επομένως η εξέταση του επάλληλου δεύτερου ισχυρισμού της προσφυγής που αφορά στην ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης, διότι φέρεται να προσκρούει περαιτέρω και σε δεύτερη τεχνική προδιαγραφή, παρέλκει ως αλυσιτελής, δοθέντος ότι η ως άνω πλημμέλεια της προσβαλλόμενης απόφασης και της τεχνικής προσφοράς (σκέψη 35) παρέχει αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης και την αποδοχή του αιτήματος της προδικαστικής προσφυγής (ΕΑ ΣτΕ 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007, ΔΕΦΑΘ 514/2014 (ΑΝΑΣΤ), 841/2012 (ΑΣΦ) κ.α.)

37. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

38. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το

Αριθμός Απόφασης : 750/2020

μέρος που έκανε αποδεκτή την τεχνική προσφορά της προσωρινής αναδόχου για τα είδη 54, 55 και 56 της προμήθειας.

39. Επειδή πρέπει να απορριφθεί η παρέμβαση.

40. Επειδή ύστερα από τη παραπάνω σκέψη 38, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει επιστραφεί (άρθ. 363 του ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 12-6-2020 και εκδόθηκε στις 2-7-2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Ιωάννα Θεμελή

Η Γραμματέας

Γεωργία Δούγκα