

**Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**5<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 01.08.2018 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος και Εισηγητής, Μαρία Μανδράκη και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 27.06.2018, (ημερομηνία καταχώρησης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Εθνικό Σύστημα Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 596/27.06.2018, της εταιρείας με την επωνυμία [...], η οποία εδρεύει στο [...], οδός [...], αρ. [...], όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Κατά της απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου της υπ' αριθ. 15<sup>ης</sup> Συνεδρίασης των διασυνδεδόμενων νοσοκομείων Γενικό Νοσοκομείο [...] έτους 2010 (θέμα 48<sup>ο</sup>) με θέμα «Έγκριση πρακτικού δημόσιου διαγωνισμού για την προμήθεια Ιατροτεχνολογικού Εξοπλισμού για το [...] (εκτός Η.Δ.)», κατ' αποδοχήν του Πρακτικού της Επιτροπής Αξιολόγησης των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού, αναφορικά με την υπ' αριθ. 5/2018 διακήρυξη.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της ανωτέρω προσβαλλόμενης, με την οποία απορρίφθηκε η προσφορά της, καθώς και την ακύρωση των παρανόμων όρων της υπ' αριθ. 5/2018 διακήρυξης – ως η προσφεύγουσα ισχυρίζεται – και στους οποίους στηρίχθηκε η προσβαλλόμενη, προκειμένου να εξασφαλίζεται η μεγαλύτερη δυνατή ευρύτητα συμμετοχής και να παρέχεται η δυνατότητα υποβολής προσφοράς και στις εταιρείες που διαθέτουν μηχανήματα των οποίων τα αναλώσιμα προστατεύονται από το εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής, χωρίς να αποκλείεται εκ προοιμίου κανένας οικονομικός φορέας.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή.

## **Αριθμός απόφασης: 636/2018**

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αριθ. 5/2018 διακήρυξη του Γενικού Νοσοκομείου [...] προκηρύχθηκε ανοικτός, δημόσιος, διεθνής, ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την προμήθεια Ιατροτεχνολογικού Εξοπλισμού στο Γ.Ν. [...], με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει σχέσης ποιότητας - τιμής, συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 325.806,00 € πλέον Φ.Π.Α, η οποία διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.Δ.Η.Σ) με ΑΔΑΜ 18PROC002654609, καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) στις 13.02.2018, όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α 54151. Στον υπό κρίση διαγωνισμό προσφορές υποβάλλονταν είτε για το σύνολο του προκηρυχθέντος εξοπλισμού είτε για ένα ή περισσότερα μηχανήματα του προκηρυχθέντος εξοπλισμού. Η παρούσα Προσφυγή ασκείται για το Τμήμα 1, «Μηχανήματα τεχνητού νεφρού αιμοδιήθησης – αιμοδιαδιήθησης και online μεθόδων», για το οποίο και κατέθεσε προσφορά η προσφεύγουσα.

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 221242346958 0827 0051), ποσού 730,00 €, το οποίο και υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογιζόμενης δαπάνης της σύμβασης για το τμήμα που ασκείται η Προδικαστική Προσφυγή, εν προκειμένω 145.161,29 €, χωρίς Φ.Π.Α.

3. Επειδή, έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια), της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 325.806,00 €, χωρίς Φ.Π.Α., σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και της αποστολής της Προκήρυξης για δημοσίευση στην Ε.Ε.Ε.Ε. (08.02.2018), σύμφωνα με τα

## **Αριθμός απόφασης: 636/2018**

άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 - όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν - του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. α'), δοθέντος ότι αναρτήθηκε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ και κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες στις 18.06.2018 και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 27.06.2018, ήτοι εντός της δεκαήμερης προβλεπόμενης προθεσμίας.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου της υπ' αριθ. 15<sup>ης</sup> Συνεδρίασης των διασυνδεδόμενων νοσοκομείων Γενικό Νοσοκομείο [...] έτους 2010 (θέμα 48<sup>ο</sup>) με θέμα «Έγκριση πρακτικού δημόσιου διαγωνισμού για την προμήθεια Ιατροτεχνολογικού Εξοπλισμού για το Γ.Ν. [...] (εκτός Η.Δ.)», κατ' αποδοχήν του Πρακτικού της Επιτροπής Αξιολόγησης των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού, αναφορικά με την υπ' αριθ. 5/2018 διακήρυξη, σύμφωνα με την οποία απορρίφθηκε η προσφορά της, αιτούμενη παράλληλα και την ακύρωση των παρανόμων όρων της υπ' αριθ. 5/2018 διακήρυξης στους οποίους στηρίχθηκε η προσβαλλόμενη, προκειμένου να εξασφαλίζεται η μεγαλύτερη δυνατή ευρύτητα συμμετοχής και να παρέχεται η δυνατότητα υποβολής προσφοράς και στις εταιρείες που διαθέτουν μηχανήματα των οποίων τα αναλώσιμα προστατεύονται από το εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής, χωρίς να αποκλείεται εκ προοιμίου κανένας οικονομικός φορέας, ως η προσφεύγουσα αναφέρει με τους λόγους της Προσφυγής της.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αριθ. 10903/09.07.2018 έγγραφό της εκφράζει τις απόψεις της επί της εν λόγω προσφυγής.

8. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: *«1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου*

## Αριθμός απόφασης: 636/2018

4412/2016 και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής». Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017.

9. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε τη με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 204/28.02.2018 Προδικαστική Προσφυγή κατά όρων της υπ' αριθ. 5/2018 διακήρυξης του Γενικού Νοσοκομείου [...] η οποία απερρίφθη με την υπ' αριθ. 292/2018 Α.Ε.Π.Π. (4<sup>ο</sup> Κλιμάκιο).

10. Επειδή, επέκεινα η προσφεύγουσα άσκησε την από 24.04.2018 Αίτηση Αναστολής (ΑΝ98/26.04.2018) κατά της ανωτέρω απόφασης, υπ' αριθ. 292/2018 Α.Ε.Π.Π. (4<sup>ο</sup> Κλιμάκιο) και της υπό κρίση διακήρυξης, υπ' αριθ. 5/2018, ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Πειραιά, η οποία απερρίφθη με την υπ' αριθ. Ν.120/2018 απόφαση του ανωτέρω Δικαστηρίου (Τμήμα Α1' Ακυρωτικός Σχηματισμός).

11. Επειδή, εν συνεχεία εκδόθηκε η προσβαλλόμενη απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της υπ' αριθ. 15<sup>ης</sup> Συνεδρίασης των διασυνδεόμενων νοσοκομείων Γενικό Νοσοκομείο [...] έτους 2010 (θέμα 48<sup>ο</sup>) με θέμα «Έγκριση

## Αριθμός απόφασης: 636/2018

πρακτικού δημόσιου διαγωνισμού για την προμήθεια Ιατροτεχνολογικού Εξοπλισμού για το Γ.Ν. [...] (εκτός Η.Δ.)», κατ' αποδοχήν του Πρακτικού της Επιτροπής Αξιολόγησης των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού, αναφορικά με την υπ' αριθ. 5/2018 διακήρυξη, με την οποία απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας για το λόγο ότι για το προσφερόμενο μηχάνημα που δέχεται αρτηριοφλεβικές γραμμές δεν υφίσταται απάντηση του κατασκευαστικού οίκου αναφορικά με τον αν καλύπτεται ή όχι από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής, σύμφωνα με τις τεχνική προδιαγραφή 5β, ομοίως δεν υφίσταται απάντηση για την κάλυψη ή όχι από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής και για τη φύσιγγα διττανθρακικών, σύμφωνα με την τεχνική προδιαγραφή 22β, καθώς και διότι στο φύλλο συμμόρφωσης δεν υφίστατο παραπομπή στις τεχνικές προδιαγραφές.

12. Επειδή, η προσφεύγουσα με την υπό κρίση Προσφυγή στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης κατά το μέρος που απορρίφθηκε η προσφορά της, καθώς ως η αναθέτουσα αρχή έκρινε αυτή δεν συμμορφωνόταν με τους όρους της διακήρυξης, κατά τα προλεχθέντα, γεγονός που δεν αμφισβητεί η προσφεύγουσα.

13. Επειδή, στην προκήρυξη του διαγωνισμού στο ΜΕΡΟΣ Γ' (Τεχνικές προδιαγραφές) για τις τεχνικές προδιαγραφές των συστημάτων τεχνητού νεφρού αιμοδιήθησης αιμοδιαδιήθησης και on line μεθόδων) ορίζεται ότι: « ... 5.α) .... β) Το μηχάνημα θα πρέπει να δέχεται αρτηριοφλεβικές γραμμές που δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής. 6. ... 22. α) ... β) Να δέχεται φύσιγγα σκόνης διττανθρακικών που δεν καλύπτεται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής. 23. Να διενεργεί τη μέθοδο Αιμοδιήθησης, Αιμοδιαδιήθησης, με on line παρασκευή διαλυμάτων (υποκατάστασης και αιμοκάθαρσης). Τα αναλώσιμα υλικά για την διεξαγωγή των ως άνω μεθόδων δεν θα πρέπει να καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής».

14. Επειδή, η προσφεύγουσα με την προδικαστική προσφυγή της προβάλλει ότι οι ανωτέρω τεχνικές προδιαγραφές αποκλείουν εκ προοιμίου τη συμμετοχή εταιρειών των οποίων τα αναλώσιμα προστατεύονται από

## **Αριθμός απόφασης: 636/2018**

εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής και νοθεύουν τον ανταγωνισμό κατά παράβαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας, του ελεύθερου ανταγωνισμού και της αναλογικότητας με συνέπεια να καθίσταται ουσιωδώς δυσχερής άλλως αδύνατη η συμμετοχή της στον ένδικο διαγωνισμό, υποστηρίζοντας περαιτέρω ότι οι προδιαγραφές αυτές φωτογραφίζουν την εταιρεία [...], της οποίας η τεχνική προσφορά έγινε αποδεκτή, λειτουργώντας οι επίμαχες αυτές προδιαγραφές ως αδικαιολόγητα ανταγωνιστικά εμπόδια.

15. Επειδή, η προσφεύγουσα βάλει κατά της προσβαλλόμενης πράξης με την υπό κρίση Προσφυγή, επικαλούμενη αντίστοιχου περιεχομένου λόγους με τους λόγους που προέβαλε με την προηγούμενη Προσφυγή της (βλ. σκέψη 9), καθώς και με την Αίτηση Αναστολή που άσκησε επί της απόφασης της Α.Ε.Π.Π. που εκδόθηκε επί της Προσφυγής αυτής (βλ. σκέψη 10) και οι οποίοι λόγοι στρέφονται κατ' ουσίαν κατά συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης και ανάγονται στη δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να θεσπίζει όρους που να μην επιτρέπουν την προσφορά ειδών που καλύπτονται από το εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής.

16. Επειδή, ετέρωθεν με τις αποφάσεις υπ' αριθ. 292/2018 Α.Ε.Π.Π. (4<sup>ο</sup> Κλιμάκιο) και Ν.120/2018 Διοικητικού Εφετείου Πειραιά (Τμήμα Α1' Ακυρωτικός Σχηματισμός) κρίθηκε η νομιμότητα των όρων αυτών.

17. Επειδή, σύμφωνα με τις γενικές αρχές του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, αλλά και κατά πάγια νομολογία, οι όροι της διακήρυξης δεσμεύουν τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους διαγωνιζόμενους, καθόσον η διακήρυξη αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο διενέργειας του διαγωνισμού. Εφόσον, λοιπόν, προσδιορίζονται επακριβώς στην διακήρυξη οι προς συμμετοχή στο διαγωνισμό απαιτούμενες τεχνικές προδιαγραφές και ο τρόπος υποβολής αυτών, κατά την κατάθεση της προσφοράς, των δικαιολογητικών και λοιπών στοιχείων, ενόψει αυτών, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν τη διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα απαιτούμενα από την διακήρυξη ή

## **Αριθμός απόφασης: 636/2018**

από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία κατά τον τρόπο και τη διαδικασία που η διακήρυξη επιβάλλει για την απόδειξη ιδιότητας κρίσιμης για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό (Ε.Α. ΣΤΕ 19/2011, ΣΤΕ 1329/2008). Μάλιστα, ειδικά σε σχέση με το περιεχόμενο της υποβληθείσας τεχνικής προσφοράς, όπως έχει κριθεί από τη νομολογία, οι τεχνικές προσφορές που υποβάλλουν οι υποψήφιοι πρέπει να ανταποκρίνονται στις προδιαγραφές που θέτει και μάλιστα επί ποινή αποκλεισμού η διακήρυξη, ενώ τυχόν ελλείψεις ή ουσιώδεις αποκλίσεις τους δεν αναπληρώνονται από τη γενική δήλωση των υποψηφίων περί συμμόρφωσής τους με τους όρους της διακήρυξης (ΣΤΕ Ασφ 883/08, ΔΕφΑθ 980/13).

18. Επειδή, περαιτέρω, σύμφωνα με τις γενικές αρχές του δικαίου του δημοσίου συμβάσεων και τη νομολογία των ελληνικών Δικαστηρίων, η διαδικασία των διαγωνισμών είναι αυστηρώς τυπική (αρχή της τυπικότητας), υπό την έννοια ότι οι προσφορές των διαγωνιζομένων πρέπει να τηρούν απολύτως τους υποχρεωτικούς και δεσμευτικούς όρους της διακήρυξης και να βρίσκονται σε συμφωνία με το κανονιστικό περιεχόμενο αυτών, όπερ συνεπάγεται ότι κάθε παράβαση των σχετικών όρων της διακήρυξης έχει σαν επακόλουθο το απαράδεκτο της υπόψη προσφοράς ή/ και την ακυρότητα των πράξεων της αναθέτουσας αρχής, που δεν συνάδουν στις παραπάνω επιταγές/ αρχές.

19. Επειδή, εν προκειμένω οι προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης ήτο σαφείς περί της υποχρέωσης προσφοράς ειδών που δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής, υποχρέωση που δεν πληρούνταν από την προσφεύγουσα αναφορικά με τα προσφερόμενα από αυτήν είδη για το τμήμα 1 της υπό εξέταση Προσφυγής, όροι που κρίθηκαν νόμιμοι με την υπ' αριθ. 292/20218 απόφαση της Α.Ε.Π.Π., της οποίας η ισχύς εξακολουθεί.

20. Επειδή, τούτων δοθέντων, η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής νομίμως απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας, δοθέντος ότι αυτή δεν συμμορφωνόταν πλήρως προς επί ποινή αποκλεισμού

## **Αριθμός απόφασης: 636/2018**

όρους της Διακήρυξης και έπραξε τούτο κατά δέσμια αρμοδιότητα, σύμφωνα με τα προαναφερόμενα.

21. Επειδή, κατ' ακολουθίαν η υπό κρίση Προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη - αφού οι αιτιάσεις που προβάλλονται με την υπό κρίση Προσφυγή έχουν αντίστοιχο περιεχόμενο με αιτιάσεις που η προσφεύγουσα έχει προβάλει με την άσκηση άλλων ενδίκων μέσων και επί των οποίων έχουν εκδοθεί οι προαναφερόμενες αποφάσεις, οι οποίες εξακολουθούν και ισχύουν και ως εκ τούτου οι αιτιάσεις αυτές έχουν κριθεί και δε δύναται να προβληθούν ξανά κατ' άρθρο 362 παρ. 4 του Ν. 4412/2016 – νόμω και ουσία αβάσιμη, αφού η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής νομίμως απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας.

22. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 221242346958 0827 0051), ποσού 730,00 €, θα πρέπει να καταπέσει, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου, (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 221242346958 0827 0051), ποσού 730,00 €.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε την 1<sup>η</sup> Αυγούστου 2018 και εκδόθηκε στις 14 Αυγούστου 2018.

**Ο Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**



**Αριθμός απόφασης: 636/2018**

**Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης**

**Γεωργία Παν. Ντεμερούκα**