

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 27 Δεκεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Μέλος-Εισηγήτρια, και Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 18.11.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1634/18.11.2022 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα «... ..» (εφ' εξής η «προσφεύγουσα»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του «...» (εφ' εξής η «αναθέτουσα Αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της εταιρείας «... Α.Ε. ΙΑΤΡΙΚΩΝ ΕΦΑΡΜΟΓΩΝ» (εφ' εξής η «παρεμβαίνουσα»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητεί την ακύρωση της προσβαλλόμενης με αριθμό πρωτ. 18988/08.11.2022 493η απόφασης του Διοικητή του Νοσοκομείου «...», ως προς την αποδοχή της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας «...» για το είδος με α/α 23.

Η συζήτηση άρχισε, αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε και δεσμεύθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 600,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2. Επειδή στο πλαίσιο διαδικασίας, που εμπίπτει στην αρμοδιότητα της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. λόγω αξίας και χρόνου δημοσίευσης, η προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, αφού η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους

συμμετέχοντες, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., στις 08.11.2022 και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 18.11.2022, δηλαδή εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την κοινοποίηση, ενώ επίσης ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και είναι ψηφιακά υπογεγραμμένη.

3.Επειδή η προσφεύγουσα, η προσφορά της οποίας κρίθηκε αποδεκτή στον διαγωνισμό και αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος στα είδη με α/α 89, 92 και 93 του διαγωνισμού, θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης πράξης, ως βλαπτόμενη, κατά το μέρος που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, η οποία αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος στο είδος με α/α 23, στηριζόμενο στη ζημία της από τυχόν παράνομη συμμετοχή της τελευταίας καθώς και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς αυτής, επιδιώκοντας (η προσφεύγουσα) ευλόγως να της ανατεθεί η σύμβαση και για το ένδικο είδος, με α/α 23.

4.Επειδή η αναθέτουσα Αρχή κοινοποίησε στις 21.11.2022 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή στις συμμετέχουσες και θιγόμενες από τυχόν αποδοχή της, προκειμένου να ασκήσουν ενδεχομένως το προβλεπόμενο δικαίωμα παρέμβασής τους. Η δε παρεμβαίνουσα άσκησε εν γένει νομίμως και εμπροθέσμως στις 28.11.2022 ήτοι εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την άνω κοινοποίηση της προσφυγής, την με ίδια ημερομηνία παρέμβασή της, υπέρ της διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης.

5.Επειδή η αναθέτουσα Αρχή κοινοποίησε στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. και στην προσφεύγουσα στις 06.12.2022 τις απόψεις της επί της προδικαστικής προσφυγής, αιτούμενη την απόρριψη της προσφυγής. Επί των ως άνω απόψεων, η προσφεύγουσα κατέθεσε το από 15.12.2022 υπόμνημά της, το οποίο δεν λαμβάνεται υπ'όψη λόγω του εκπροθέσμου, δεδομένου ότι κατατέθηκε μετά το πέρας της αποκλειστικής πενθήμερης προθεσμίας του άρ. 365 αρ. 1 περ. γ' του Ν. 4412/2016.

6.Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 5ου Κλιμακίου της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκαν και ισχύουν, και του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017, είναι τύποις παραδεκτή και πρέπει να εξεταστεί στην ουσία της

7.Επειδή, με τη Διακήρυξη με αριθμό 24/2022, προκηρύχθηκε δημόσιος Διαγωνισμός για την προμήθεια του είδους «Υγειονομικό Υλικό» συνολικής εκτιμώμενης αξίας 115.132,24€, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., η οποία αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) με Α.Δ.Α.Μ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό

8.Επειδή, σύμφωνα με τη Διακήρυξη, ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίστηκε η 29.04.2022. Για το επίδικο είδος του διαγωνισμού υπέβαλαν προσφορά η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Με την προσβαλλόμενη αναδείχθηκε ανάδοχος στο επίδικο είδος με α/α 23 η παρεμβαίνουσα, ως προσφέρουσα τη χαμηλότερη τιμή. Κατά της εκτελεστής κατακυρωτικής απόφασης στρέφεται η προσφεύγουσα αιτούμενη την ακύρωσή της, για τους λόγους που ειδικώς αναπτύσσονται στην υπό εξέταση προσφυγή της.

9.Επειδή στο ν. 4412/2016 προβλέπεται, μεταξύ άλλων, στο άρθρο **18** ότι «Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια ...», στο άρθρο **53** παρ. 1 και 2 ότι «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασηςπεριέχουν ιδίως : [.....] ε) 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, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης, [...] ιε) το κριτήριο ανάθεσης, τη διαδικασία και τα κριτήρια αξιολόγησης των προσφορών, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στα

άρθρα 86 και 87 [...] ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς [.....]», στο άρθρο 54 παρ. 1 ότι «....οι τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται στην περ. 1 του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α` παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών», στην παρ. 4 του **άρθρου 94** ότι «...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» και, τέλος, στο **άρθρο 91** ότι «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 προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης».

10.Επειδή, η Διακήρυξη, που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, δεσμεύει αμφίδρομα την αναθέτουσα Αρχή και τους συμμετέχοντες.

11.Επειδή, αποκλεισμός τεχνικής προσφοράς προβλέπεται στην περίπτωση απόκλισης από τους απαράβατους όρους της Διακήρυξης, ως τέτοιοι δε θεωρούνται οι τεχνικές προδιαγραφές (Ε.Α. ΣτΕ 1740/2004, 93,316,563/2006), εκτός εάν ορισμένες είναι, σύμφωνα με τη Διακήρυξη, προαιρετικές (ΣτΕ ΕΑ 230/2012, 192/2012, 291/2011, ΕΣ Τμ. Μείζ.-Επταμ. 2446/2012, Γνωμ. ΝΣΚ 521/2011). 14. Επειδή, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της αποδοχής της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας, διότι, κατά το α' σκέλος του πρώτου λόγου, η τελευταία για το ζητούμενο είδος, με α/α 23, προσέφερε παιδιατρικό αισθητήρα, ο οποίος είναι κατασκευασμένος από έξι και όχι τέσσερα ηλεκτρόδια, ως απαιτείται από τις τεχνικές προδιαγραφές, και διότι, κατά το β' σκέλος του πρώτου λόγου, ο παιδιατρικός αισθητήρας δεν μετρά το βάθος αναισθησίας με διφασματικό δείκτη παρά με μέθοδο «αντίστοιχη», κατά παράβαση των τεχνικών προδιαγραφών.

12. Επειδή, αναφορικά με τον πρώτο λόγο της προσφυγής, λεκτέα τα εξής: Σύμφωνα με τις τιθέμενες τεχνικές προδιαγραφές για το είδος α/α 23 (βλ. Παράρτημα Ι, σελ. 45 Διακήρυξης), στο σημείο υπ' αριθ. 1 ορίζεται ότι ο ζητούμενος αισθητήρας μέτρησης βάθους αναισθησίας απαιτείται «...να αποτελείται από τέσσερα ηλεκτρόδια σε ενιαία κατασκευή...» και «...να μετρά το βάθος αναισθησίας με τη μέθοδο του διφασματικού δείκτη...». Από την επισκόπηση της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας και συγκεκριμένα από ψηφιακό αρχείο «12. ΤΕΧΝΙΚΑ ΦΥΛΛΑΔΙΑ» (σελ. 15), προκύπτει ότι υπάρχει σαφής αναφορά σε τέσσερα ενεργά ηλεκτρόδια, από τα οποία αποτελείται ο αισθητήρας («... *Four active EEG on the RDSed Line sensor collect data in the frontal lobe...*»), με την περαιτέρω ειδικότερη αναφορά στην Ενότητα υπό τον τίτλο «Sensor Specifications» σε «Active Electrodes L1, L2, R1 and R2» (μτφρ= ενεργά ηλεκτρόδια L1, L2, R1 και R2). Μάλιστα, τα επίμαχα 4 ηλεκτρόδια εμφανίζονται και στις σελ. 3 και 11 του ψηφιακού αρχείου «12. ΤΕΧΝΙΚΑ ΦΥΛΛΑΔΙΑ». Περαιτέρω, αναφορικά με τη μέθοδο του διφασματικού δείκτη: Από την επισκόπηση της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας, και συγκεκριμένα από το ψηφιακό αρχείο «13.ΜΕΛΕΤΕΣ» (σελ. 9), αποδεικνύεται ότι ο Δείκτης Κατάστασης Ασθενούς (PSi) και ο Δείκτης BIS™ είναι παράμετροι που προκύπτουν από την επεξεργασία του ηλεκτροεγκεφαλογραφήματος και πρόκειται για δείκτες που έχουν **τα ίδια** ακριβώς χαρακτηριστικά. («...*BIS has the same characteristic as PSI during DES anesthesia*»). Αυτά δε, τα συνομολογεί και η παρεμβαίνουσα. Όμως, οι τιθέμενες τεχνικές προδιαγραφές για το επίμαχο είδος απαιτούν «...να μετρά το βάθος αναισθησίας με τη μέθοδο του διφασματικού δείκτη», πλην όμως η παρεμβαίνουσα συνομολογεί, ότι προσφέρει είδος δείκτη κατάστασης ασθενούς (Psi), ιδίων χαρακτηριστικών με αυτά του διφασματικού δείκτη, χωρίς όμως να ισχυρίζεται, πόσο μάλλον να αποδεικνύει, ότι αυτός ο δείκτης Psi είναι διφασματικός δείκτης. Ως εκ τούτου, το σκέλος αυτό του πρώτου λόγου της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτό, καθώς η τεχνική προσφορά της παρεμβαίνουσας δεν ήταν σύμφωνη με τις τιθέμενες τεχνικές προδιαγραφές ως προς τη μέθοδο του διφασματικού δείκτη, κατ' αποδοχή των ισχυρισμών της προσφεύγουσας.

13.Επειδή, με το δεύτερο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα προβάλλει, ότι η τεχνική προσφορά της παρεμβαίνουσας ήταν απορριπτέα,

καθώς, για το επίμαχο είδος με α/α 23, δεν αναφέρεται σχετική πληροφορία που να επιβεβαιώνει ή/και να αποδεικνύει την ύπαρξη δυνατότητας ενεργοποίησης φίλτρων για τη μείωση μη επιθυμητών πιθανών παρεμβολών του ηλεκτροεγκεφαλογράφηματος, κατά παράβαση των τεχνικών προδιαγραφών.

14.Επειδή, αναφορικά με το δεύτερο λόγο της προσφυγής, λεκτέα τα εξής: Σύμφωνα με τις τιθέμενες τεχνικές προδιαγραφές για το είδος α/α 23 (βλ. Παράρτημα Ι, σελ. 45 Διακήρυξης), στο σημείο υπ' αριθ. 5 ορίζεται ότι: «...να δύναται, μέσω της οθόνης παρακολούθησης, να ενεργοποιηθούν φίλτρα για τη μείωση μη επιθυμητών πιθανών παρεμβολών του ηλεκτροεγκεφαλογράφηματος...». Από την επισκόπηση της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας και συγκεκριμένα από το ψηφιακό αρχείο «13.ΜΕΛΕΤΕΣ» προκύπτουν τα εξής: Από τη σελ. 1 του ανωτέρω ψηφιακού αρχείου: «*The PSI is calculated via a proprietary algorithm by a high-resolution 4-channel electroencephalograph (EEG) monitor after advanced artifact rejection* (μτφρ= Ο Δείκτης Κατάστασης Ασθενούς (PSI) υπολογίζεται μέσω ενός αποκλειστικού αλγορίθμου από μια οθόνη ηλεκτροεγκεφαλογράφου (EEG) υψηλής ανάλυσης 4 καναλιών μετά από προηγμένη απόρριψη σφαλμάτων εικόνας)», καθώς και από τη σελ. 29: «*These signals are then processed by a series of artifact detection algorithms, allowing the identification of artifact free “epochs” of EEG data. An additional algorithm detects EEG suppression and excludes these data from further algorithmic processing* (μτφρ= Αυτά τα σήματα στη συνέχεια επεξεργάζονται από μια σειρά αλγορίθμων ανίχνευσης σφαλμάτων εικόνας, επιτρέποντας την αναγνώριση «εποχών» δεδομένων ΗΕΓ χωρίς σφάλματα. Ένας πρόσθετος αλγόριθμος ανιχνεύει την καταστολή ΗΕΓ και αποκλείει αυτά τα δεδομένα από περαιτέρω αλγοριθμική επεξεργασία)», προκύπτει η αυτόματη εξουδετέρωση, μέσω του αλγόριθμου, όλων των μη επιθυμητών πιθανών παρεμβολών και ως εκ τούτου οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι απορριπτέοι. Συνεπώς, ο δεύτερος λόγος της προσφυγής είναι απορριπτέος.

15.Επειδή, με τον τρίτο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της αποδοχής της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας, διότι από το προσκομιζόμενο τεχνικό φυλλάδιο της τελευταίας για το είδος με α/α 23 προκύπτει μόνον ότι το προσφερόμενο προϊόν δεν περιέχει latex, ωστόσο

ουδόλως προκύπτει ότι το προϊόν δεν περιέχει τις ουσίες-υλικά «PVC-FREE, DEHP-FREE, NITRILE-FREE», κατά παράβαση των τιθέμενων τεχνικών προδιαγραφών.

16.Επειδή, αναφορικά με τον τρίτο λόγο της προσφυγής λεκτέα τα εξής: Σύμφωνα με τις τιθέμενες τεχνικές προδιαγραφές για το είδος α/α 23 (βλ. Παράρτημα Ι, σελ. 45 Διακήρυξης) στο σημείο υπ' αριθ. 8 ορίζεται ότι: «Ο αισθητήρας να είναι LATEX-FREE, PVC-FREE, DEHP-FREE, NITRILE-FREE». Από την επισκόπηση της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας και συγκεκριμένα από το ψηφιακό αρχείο «10. ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΑ ΚΑΤΑΣΚΕΥΑΣΤΙΚΟΥ ΟΙΚΟΥ MASIMO» φαίνεται μεν το επίμαχο προϊόν ως συμμορφούμενο με τα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας (ISO) πλην όμως σε κανένα σημείο δεν τεκμηριώνεται ειδικά και συγκεκριμένα η απουσία των υλικών PVC, DEHP και NITRILE, παρά μόνον η απουσία του υλικού «LATEX». Η δε παρεμβαίνουσα προβάλλει γενικόλογα, ότι από το ως άνω ψηφιακό αρχείο «προκύπτει η συμμόρφωση του προϊόντος με όλα ανεξαιρέτως τα πρότυπα ποιότητας που συνεπάγεται την πλήρωση όλων των ζητούμενων με την επίμαχη προδιαγραφή χαρακτηριστικών» και ότι, εάν η Αναθέτουσα Αρχή διατηρούσε την οποιαδήποτε αμφιβολία για την πλήρωση των επίμαχων προδιαγραφών, όφειλε να προσφύγει στην εφαρμογή του άρθρου 102 του ν. 4412/2016. Ως γίνεται δεκτό, οι τεχνικές προδιαγραφές, που τίθενται ως όροι επί ποινή αποκλεισμού από τη Διακήρυξη, πρέπει να συντρέχουν κατά τον χρόνο περαίωσης της διαδικασίας παραλαβής προσφορών και η διάγνωση της κατά τον χρόνο εκείνο έλλειψής τους συνεπάγεται δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής αξιολόγησης να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη προσφορά (ΣτΕ 743/2000) ενώ δεν είναι δυνατόν εκ των υστέρων να προσκομισθούν νέα, κρίσιμα κατά τη Διακήρυξη, στοιχεία (ΣτΕ 436/2002), όπως και δεν είναι δυνατή η λήψη υπ'όψη, κατά τη διαδικασία ανάθεσης, ιδιότητας ή προσόντος, που όχι μόνο δεν αποδείχθηκε αλλά και ουσιαστικά έλειπε, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, τυχόν απεκτήθη δε μεταγενεστέρως, καθώς έτσι θα παρεβιάζετο η αρχή της τυπικότητας του Διαγωνισμού και ασφάλειας αυτού, βασιζόμενης της κατακυρωτικής κρίσης σε τυχαία, μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα. Περαιτέρω, ο όρος 2.4.3.2 της Διακήρυξης ορίζει ότι η τεχνική προσφορά των διαγωνιζομένων θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις

προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με το σύνολο των Τεχνικών Προδιαγραφών (Παράρτημα Ι) της ίδιας Διακήρυξης, στον δε φάκελλο της τεχνικής προσφοράς του υποψηφίου αναδόχου πρέπει απαραίτητα να συμπεριλαμβάνονται, εκτός από το φύλλο συμμόρφωσής του, και όλα τα δικαιολογητικά που απαιτούνται από τις τεχνικές προδιαγραφές του Παραρτήματος Ι. Μεταξύ, λοιπόν, των απαιτήσεων που τέθηκαν είναι και αυτές του όρου «Ο αισθητήρας να είναι LATEX-FREE, PVC-FREE. DEHP-FREE, NITRILE-FREE». Ο όρος αυτός δεν περιέχει μεν πανηγυρική διατύπωση περί «απαράβατου» ή «επί ποινή αποκλεισμού», ωστόσο στη Διακήρυξη προβλέπεται ρητώς, ότι οι προσφορές των διαγωνιζομένων πρέπει να καλύπτουν «όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές» της Διακήρυξης, αποδίδοντας, κατά τούτο, τη συνήθη έννοια των τεχνικών όρων, θεωρούμενων στο σύνολό τους ως κατ' αρχήν απαράβατων (πρβλ. ΣτΕ 1740/2004, ΣτΕ ΕΑ 61/2011, 93/2006, 316/2006, 563/2006). Εκ τούτων παρέπεται, ότι απόκλιση από τις τεχνικές προδιαγραφές και απαιτήσεις της διακήρυξης άγει, κατ' αρχάς, στην απόρριψη της προσφοράς ως τεχνικώς μη αποδεκτής και, κατ' επέκταση, στον αποκλεισμό του υποψηφίου από την εξέλιξη της διαγωνιστικής διαδικασίας. Η συνέπεια αυτή απαγγέλλεται, άλλωστε, και ρητώς από τη διάταξη του άρθρου 2.4.6. (περίπτωση α' και ι') της Διακήρυξης, στην οποία ορίζεται ότι η αναθέτουσα Αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά, η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της Διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης (120/2022 Δ.Εφ.Χανίων). Εν προκειμένω, η προσφορά της προσφεύγουσας είναι απορριπτέα ως μη πληρούσα τις τεχνικές προδιαγραφές και δεν υπάρχει δυνατότητα κλήσης για, το πρώτον, υποβολή εγγράφων που, επί ποινή αποκλεισμού, θα έπρεπε να είχε υποβάλει με την προσφορά της, καθ' ότι τούτο θα οδηγούσε σε μη νόμιμη υποβολή νέας προσφοράς, απορριπτομένων των ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας περί ενεργοποίησης του άρ. 102 του Ν. 4412/2016. Εξ άλλου, ακόμα και με τη νέα διατύπωση του άρθρου 102, η αναθέτουσα Αρχή δύναται να ζητήσει να διορθωθούν ή να συμπληρωθούν σε επιμέρους σημεία τα στοιχεία που περιλαμβάνονται σε ένα φάκελλο υποψηφιότητας, αρκεί να μην τροποποιείται η προσφορά του

οικονομικού φορέα με τέτοιο τρόπο, ώστε να του δίδεται αθέμιτο πλεονέκτημα έναντι των λοιπών συμμετεχόντων στη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης (18/2022 ΔΕφΧανίων). Άλλωστε, κατά την πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, τόσο υπό τις προϊσχύσασες οδηγίες (2004/17 και 2004/18) όσο και υπό τις ισχύουσες οδηγίες (2014/24, 2014/25) για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, όπως οι τελευταίες μεταφέρθηκαν στο εσωτερικό δίκαιο με τις διατάξεις του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, είναι επιτρεπτή, μετά από πρόσκληση της αναθέτουσας Αρχής (ή φορέα), η συμπλήρωση ή διευκρίνιση νομίμως κατ'αρχήν υποβληθέντων δικαιολογητικών ή άλλων στοιχείων των προσφορών, όχι όμως και η αναπλήρωση μη υποβληθέντων ή μη νομίμως υποβληθέντων δικαιολογητικών και στοιχείων (βλ. ΣτΕ 827/2019 σκ.24η, Ε.Α. 248/2020 σκ. 10η, πρβλ. ΣτΕ 1490/2019 σκ. 25η, Ε.Α.). Εν όψει των ανωτέρω, ο τρίτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

17.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, να απορριφθεί η παρέμβαση και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, καθ' ο μέρος έκανε δεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας και την ανέδειξε ανάδοχο στο είδος με α/α 23 του διαγωνισμού.

18. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί σ' αυτήν το παράβολο που κατέβαλε η προσφεύγουσα, κατά τις διατάξεις των άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου της προσφεύγουσας.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 27 Δεκεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 16 Ιανουαρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ