

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 20 Ιουλίου 2022 με την εξής σύνθεση: Μαργαρίτα Κανάβα Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή – Εισηγήτρια και Μαρία Μανδράκη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 10.06.2022 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ενιαία Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΑΔΗΣΥ) 839/15.06.2022 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα «...», που εδρεύει στην ..., οδός ... αρ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται, εφεξής ο «προσφεύγων».

Κατά του «...» και κατά της από 26-5-2022 απόφασης του έκτακτου 8ου θέματος των πρακτικών της 17^{ης} Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ... με την οποία αποφασίστηκε η αποδοχή και επικύρωση των από 25.01.2022 και 26.05.2022 πρακτικών αποσφράγισης των δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικής αξιολόγησης της επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού, κατά το σκέλος αυτής με το οποίο αποφασίστηκε η απόρριψη της (τεχνικής) προσφοράς του προσφεύγοντος για το τμήμα του διαγωνισμού με αριθμό συστήματος ...: «προμήθεια τεσσάρων (4) σκιαλυτικών λυχνιών LED, με ένα δορυφόρο εκάστη, για χειρουργική χρήση», με κωδικό CPV: ... και προϋπολογισμό είδους 88.000€ (περιλαμβανομένου ΦΠΑ 24%) και της (τεχνικής) προσφοράς του προσφεύγοντος για το τμήμα του διαγωνισμού με αριθμό συστήματος: ...: «προμήθεια μίας (1) σκιαλυτικής λυχνίας LED, με δύο δορυφόρους, για χειρουργική χρήση», με κωδικό CPV: ... και προϋπολογισμό είδους 27.000 € (περιλαμβανομένου ΦΠΑ 24%), εφεξής «η προσβαλλομένη» και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα «...», που εδρεύει στη ..., ... αρ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλομένη.

Με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων αιτείται την απόρριψη της ασκηθείσας προσφυγής και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλομένης.

Αριθμός Απόφασης: 1160/2022

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την πληρωμή στην τράπεζα και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης). Το καταβληθέν παράβολο αποτελεί το κατώτερο ποσό νομίμου παραβόλου, λαμβανομένης υπόψη της εκτιμώμενης αξίας των δύο τμημάτων με αρ. ΕΣΗΔΗΣ ... και ..., στο πλαίσιο των οποίων ασκείται η υπό κρίση προσφυγή.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε διεθνή ανοιχτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων για την προμήθεια των ειδών του υποέργου 03 με τίτλο «Αντικατάσταση Εξοπλισμού Χειρουργείων» της ενταγμένης στον Άξονα Προτεραιότητας «Πρωώθηση της κοινωνικής ένταξης και καταπολέμηση της φτώχειας – ΕΤΠΑ» του Ε.Π. «... 2014-2020» πράξης με τίτλο «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΙ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΙΑΤΡΟΤΕΧΝΟΛΟΓΙΚΟΥ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ, ΓΙΑ ΤΗΝ ΚΑΛΥΨΗ ΑΝΑΓΚΩΝ ΔΙΑΦΟΡΩΝ ΤΜΗΜΑΤΩΝ ΤΟΥ ...» και κωδικό ΟΠΣ ..., συνολικού προϋπολογισμού 1.050.000,00 € με το ΦΠΑ 24% με αριθμό διακήρυξης Ειδικότερα, αντικείμενο της σύμβασης είναι η αντικατάσταση επτά (7) ειδών (23 τεμαχίων) ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού διάφορων χειρουργείων του ως άνω Νοσοκομείου ... ως αναθέτουσας αρχής, με τους αντίστοιχους αναφερόμενους στη διακήρυξη κωδικούς CPV, σύμφωνα με τις αναλυτικές τεχνικές προδιαγραφές του παραρτήματος "I" της διακήρυξης. Μεταξύ των διαφόρων τμημάτων της σύμβασης προβλέπεται: • Η προμήθεια τεσσάρων (4) σκιαλυτικών λυχνιών LED, με ένα δορυφόρο εκάστη, για χειρουργική χρήση, με κωδικό CPV: ... και προϋπολογισμό είδους 88.000 € (περιλαμβανομένου ΦΠΑ 24%), προς αντικατάσταση ισάριθμων που λειτουργούν σε διάφορες χειρουργικές αίθουσες του Νοσοκομείου. Αριθμός συστήματος στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.: ... • Η προμήθεια μίας (1) σκιαλυτικής λυχνίας

Αριθμός Απόφασης: 1160/2022

LED, με δύο δορυφόρους, για χειρουργική χρήση, με κωδικό CPV: ... και προϋπολογισμό είδους 27.000 € (περιλαμβανομένου ΦΠΑ 24%), προς αντικατάσταση παλαιάς που λειτουργεί στο καρδιοχειρουργικό χειρουργείο του Νοσοκομείου. Αριθμός συστήματος στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.: ... Ρητώς προβλέπεται η δυνατότητα υποβολής προσφορών είτε για κάθε είδος της διακήρυξης χωριστά, είτε για περισσότερα του ενός είδη, είτε και για όλα τα είδη. Κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης είναι εκείνο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής.

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της πρόσκλησης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 10-12-2021 καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ... και ... Περίληψη της προκήρυξης απεστάλη στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 07-12-2021.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ενόψει 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.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα στις 10-06-2022, δεδομένου του χρόνου κοινοποίησης της προσβαλλομένης στον προσφεύγοντα στις 31-05-2022, μέσω της ανάρτησής της στη λειτουργικότητα «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ. Επίσης ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και κοινοποιήθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ 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.

6. Επειδή στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία, στα υπό κρίση δύο τμήματα, συμμετείχαν τρεις οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων ο προσφεύγων και ο παρεμβαίνων. Κατόπιν ανοίγματος κι αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών, η προσφορά του προσφεύγοντος απορρίφθηκε για τεχνικούς λόγους. Συνεπώς, ο προσφεύγων με προφανές έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση προσφυγή καθώς συμμετείχε στην υπό κρίση

Αριθμός Απόφασης: 1160/2022

διαγωνιστική διαδικασία κι επικαλείται ζημία του ερειδόμενη στην παράνομη απόρριψη της προσφοράς του και όφελος από την ανάδειξη του ίδιου ως μειοδότη.

7. Επειδή, με την υπ' αριθμ. 1235/2022 Πράξη της Προέδρου του 4ου Κλιμακίου, ορίστηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε ο αναθέτων φορέας να υποβάλει τις απόψεις του επί της υπό εξέταση προσφυγής, αντίστοιχα και επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την υπό κρίση προσφυγή προς όλους τους ενδιαφερόμενους στις 15-06-2022 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού με αρ. ΕΣΗΔΗΣ ..., ομοίως δε, κατά την ίδια ως άνω ημεροχρονολογία και στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού με αρ. ΕΣΗΔΗΣ ...

9. Επειδή, στις 27-06-2022 ο παρεμβαίνων άσκησε νόμιμα κι εμπρόθεσμα παρέμβασή του, υποβληθείσα τόσο στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού με αρ. ΕΣΗΔΗΣ ... καθώς και στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού με αρ. ΕΣΗΔΗΣ ..., έχοντας προς τούτο έννομο συμφέρον καθώς τα έννομα συμφέροντά του θίγονται σε περίπτωση ευδοκίμησης της προσφυγής.

10. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή στις 30-06-2022 απέστειλε στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ τις απόψεις της επί της προσφυγής, τις οποίες κοινοποίησε αυθημερόν στους ενδιαφερομένους.

11. Επειδή, στις 5-07-2022 ο προσφεύγων υπέβαλε εμπρόθεσμα ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ υπόμνημά του προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής.

12. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 4ου Κλιμακίου της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.

13. Επειδή, σύμφωνα με τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντα: *«[...]Σχετικά με την απαίτηση αυτή η εταιρεία μας ανέφερε στα αντίστοιχα Φύλλα Συμμόρφωσης που υπέβαλε και για τα δύο παραπάνω τμήματα του διαγωνισμού (βλ. σελ. 6 αυτών), ότι τα προσφερόμενα εκ μέρους μας είδη (προβολείς χειρουργείου) πληρούν πράγματι την συγκεκριμένη προδιαγραφή, εξηγώντας επιπλέον, όπως ακριβώς ζητούσε η διακήρυξη, ότι «[...]».* Μάλιστα, προς τεκμηρίωση των ανωτέρω δηλώσεών μας, στο ίδιο σημείο του

Αριθμός Απόφασης: 1160/2022

Φύλλου Συμμόρφωσης παραπέμπουμε στο Εγχειρίδιο Χρήσης (“USER MANUAL”), σελ. 3 και 16, και στο Τεχνικό Φυλλάδιο (PROSPECTUS), σελ. 11, του κοινού κατασκευαστή των δύο προβολέων, όπου ρητώς αναφέρονται στην αγγλική γλώσσα τα αντίστοιχα που αναφέραμε κατά τα άνω και στο Φύλλο Συμμόρφωσής μας, ήτοι: [...] και σε πιστή μετάφραση: «[...]». 3. Με άλλα λόγια, εκείνο που με σαφήνεια ζητά ο παραπάνω όρος των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης είναι οι προβολείς χειρουργείου να μπορούν αυτόματα να εξισορροπούν τη φωτεινότητά τους, δηλαδή να την αυξάνουν, όταν παρεμβάλλονται εμπόδια (λ.χ. ο χειρουργός κλπ.) στο πεδίο τους, προκειμένου ακριβώς να αποφεύγονται και να εξαλείφονται οι σκιάσεις που προκαλούνται από την παρεμβολή των εμποδίων στο διαχεόμενο από τον προβολέα φως. Αυτό πράγματι το επιτυγχάνουν οι προσφερόμενοι προβολείς μας μέσω του παραπάνω καινοτόμου συστήματος αυτόματης διαχείρισης σκιαλυτικότητας (ήτοι, διαχείρισης του εναπομένοντος φωτισμού) που διαθέτουν και με το οποίο, όπως τεκμηριώνεται αναλυτικά κατά τα άνω, αυξάνεται αυτόματα η ένταση του φωτισμού των ανεμπόδιστων LED, όπως απαιτεί η πιο πάνω τεχνική προδιαγραφή που κάνει λόγο για «σύστημα αυτόματης εξισορρόπησης της φωτεινότητας», το οποίο έχει ως αποτέλεσμα, όπως αναφέρουμε, να μην υπάρχουν σκιάσεις στο χειρουργικό πεδίο, που είναι ΤΟ ΖΗΤΟΥΜΕΝΟ, στο οποίο αποσκοπεί η πιο πάνω προδιαγραφή, καθώς δεν ζητείται απλώς και μόνο να αυξάνεται (εξισορροπείται) αυτόματα η φωτεινότητα, που ούτως ή άλλως επιτυγχάνεται κατά τα άνω από τον προσφερόμενο προβολέα μας, αλλά να αποφεύγονται οι σκιάσεις. 4. Παρά το απόλυτα σαφές περιεχόμενο, τόσο του παραπάνω όρου της διακήρυξης, όσο και των ως άνω δηλώσεών μας στα Φύλλα Συμμόρφωσής μας με την εκεί αντίστοιχη αναλυτική τεκμηρίωσή τους, η επιτροπή του διαγωνισμού έκρινε ως μη αποδεκτή και, ως εκ τούτου, απορριπτέα την τεχνική προσφορά, θεωρώντας ότι αυτή δεν καλύπτει την παραπάνω τεχνική προδιαγραφή, διότι, όπως δέχτηκε, με βάση τα όσα ανωτέρω δηλώσαμε στο Φύλλο Συμμόρφωσής μας, «[...]». Δηλαδή, η επιτροπή αυθαίρετα και παρά το νόμο, κατά παράβαση της αρχής της τυπικότητας του διαγωνισμού, ανάγνωσε και ερμήνευσε την πιο πάνω προδιαγραφή 2.7 κατά έναν τελείως διαφορετικό τρόπο, χωρίς αυτό να προκύπτει από το γράμμα ή τον σκοπό του όρου αυτού και, συγκεκριμένα,

Αριθμός Απόφασης: 1160/2022

ΑΛΛΟΙΩΣΕ και ΠΑΡΑΜΟΡΦΩΣΕ ΤΟ ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΟ της προδιαγραφής, είτε ΣΥΜΠΛΗΡΩΝΟΝΤΑΣ ΝΕΟΥΣ ΠΡΟΣΘΕΤΟΥΣ ΟΡΟΥΣ στο κείμενό της, που ούτε προβλέπονται από τη διακήρυξη, ούτε προκύπτουν, τουλάχιστον με σαφήνεια, από την ανάγνωση ή την ερμηνεία της συγκεκριμένης τεχνικής απαίτησης, είτε ΠΑΡΑΒΛΕΠΟΝΤΑΣ το πλήρες περιεχόμενό της, καθόσον: α) Πουθενά δεν προβλέπεται στον συγκεκριμένο όρο ότι οι προβολείς θα πρέπει να αυξάνουν τη φωτεινότητά τους ακόμη και στην περίπτωση που μετακινούνται καθ' ύψος και, συγκεκριμένα, όταν βρίσκονται πάνω από ένα (1) μέτρο από το χειρουργικό πεδίο, οπότε, όπως είναι φυσικό, μεγαλώνει η απόστασή τους από το τελευταίο που καλούνται να φωτίσουν. Εάν πράγματι αυτό απαιτούσε η συγκεκριμένη προδιαγραφή, θα έπρεπε ρητώς να το αναφέρει, πράγμα που δεν έγινε. Παρόλα αυτά η επιτροπή από μόνη της συμπλήρωσε νοητά την προϋπόθεση αυτή στον όρο αυτό, λαμβάνοντας ως δεδομένο κάτι που ρητώς δεν προβλέπεται. β) Από το ίδιο το κείμενο και την ερμηνεία της προδιαγραφής αυτής με σαφήνεια προκύπτει ότι σκοπός της αύξησης της φωτεινότητας του προβολέα, που, όπως αναφέρθηκε, δεν προβλέπεται ότι θα πρέπει να υπάρχει και κατά την καθ' ύψος κίνησή του επί του άξονά του, είναι να αποφεύγονται οι σκιάσεις στο χειρουργικό πεδίο, που είναι, συνεπώς, αυτό που θα πρέπει πρωτίστως να εξετάζεται κατά την αξιολόγηση του προσφερόμενου προβολέα αν πράγματι επιτυγχάνεται με αυτόν, κάτι που η επιτροπή δεν έλαβε καθόλου υπόψη της και αρκέστηκε στην εξέταση μόνο του πρώτου σκέλους της προδιαγραφής, ήτοι αν και πότε αυξάνεται η φωτεινότητα του προβολέα και όχι αν με τον τρόπο αυτό αποφεύγονται οι σκιάσεις («για την αποφυγή σκιάσεων»), που είναι το δεύτερο σκέλος της προδιαγραφής και, ουσιαστικά, η ΑΝΑΓΚΗ που καλείται να εξυπηρετεί το προσφερόμενο είδος. 5. Εάν η επιτροπή ερμήνευε ορθά και σύμφωνα με το γράμμα του τον παραπάνω όρο της διακήρυξης δεν θα απέρριπτε την τεχνική μας προσφορά και τα όσα αναφέραμε στο Φύλλο Συμμόρφωσης, διότι ακριβώς με το καινοτόμο σύστημα αυτόματης διαχείρισης της σκιαλυτικότητας που διαθέτουν και οι δύο προβολείς μας, με το οποίο επιτυγχάνεται η αύξηση της φωτεινότητάς τους που είναι και αυτό που απαιτεί ο όρος της διακήρυξης, επιτυγχάνεται η αποφυγή των σκιάσεων, όπως ΕΠΙΣΗΣ ζητά η ίδια προδιαγραφή, κάτι που η επιτροπή αγνόησε[...].7.

Αριθμός Απόφασης: 1160/2022

Επιπρόσθετα, η επιτροπή του διαγωνισμού παραποίησε ευθέως, άλλως δεν έλαβε καθόλου υπόψη της το υπόλοιπο περιεχόμενο της προσφοράς μας, καθόσον θεώρησε άνευ ετέρου ως δεδομένο ότι οι προσφερόμενοι εκ μέρους μας προβολείς δεν διαθέτουν την απαιτούμενη από τη συγκεκριμένη προδιαγραφή ιδιότητα της αυτόματης εξισορρόπησης (αύξησης) της φωτεινότητας όταν αυτοί μετακινούνται καθ' ύψος, ήτοι πάνω από το ένα μέτρο, το οποίο αυτό και μόνο έλαβε υπόψη της η επιτροπή με βάση το σύστημα διαχείρισης σκιαλυτικότητας που αναφέραμε ως τρόπο ικανοποίησης της προδιαγραφής, ενώ εμείς, αντιθέτως, ρητώς αναφέραμε στην προσφορά μας, σε άλλο σημείο της, ότι οι προβολείς μας διαθέτουν σύστημα κλιμάκωσης του φωτός με αυτόματη εστίαση σε 70, 100 και 130cm, ήτοι και όταν αυτοί μετακινούνται καθ' ύψος και πάνω από ένα (1) μέτρο από το χειρουργείο. 8. Ειδικότερα, στο σημείο 2.3 των Φύλλων Συμμόρφωσης των προσφορών μας για τα είδη αυτά ρητώς αναφέρουμε, επίσης, ότι: «[...]». Παραθέσαμε δε και την αντίστοιχη παραπομπή στο PROSPECTUS της κατασκευάστριας εταιρείας (σελ. 10), αποδεικνύοντας ότι πράγματι οι προβολείς μας διαθέτουν και την ιδιότητα αυτή, την οποία η επιτροπή θεώρησε εσφαλμένα ως ελλείπουσα. Και ναι μεν την ως άνω ιδιότητα των προσφερόμενων προβολέων την αναφέραμε «επιπρόσθετα» σε άλλο πεδίο των Φύλλων Συμμόρφωσής μας από εκείνο για την υπό κρίση 2.7 προδιαγραφή και, συγκεκριμένα, σε σχέση με την αντίστοιχη 2.3 προδιαγραφή του διαγωνισμού, η οποία προβλέπει ότι «[...]». 10. Συνεπώς, έσφαλλε και ως προς αυτό η επιτροπή και, αντίστοιχα, μη νόμιμα η Αναθέτουσα Αρχή απέρριψε την προσφορά μας θεωρώντας πεπλανημένα ότι οι προβολείς μας δεν διαθέτουν σύστημα αυτόματης εξισορρόπησης της φωτεινότητάς τους όταν η απόστασή τους από το χειρουργικό πεδίο υπερβαίνει το ένα (1) μέτρο, καθόσον, αντιθέτως, από την ίδια την προσφορά μας προκύπτει και τεκμηριώνεται ότι και οι προβολείς μας διαθέτουν πράγματι και την ιδιότητα αυτή και, συνακόλουθα, εφόσον η επιτροπή θεωρούσε ότι αυτή εννοούνταν κατ' εφαρμογή της υπό κρίση 2.7 προδιαγραφής, έπρεπε για την ταυτότητα του λόγου και, βάσει της θεμελιώδους αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, να έκανε αποδεκτή και την δική μας προσφορά».

Αριθμός Απόφασης: 1160/2022

14. Επειδή, σύμφωνα με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής: «[...]Α. Παράγραφος 2.7 Είναι γνωστό και πλήρως σαφές, ότι το αιτούμενο σύστημα αυτόματης εξισορρόπησης φωτεινότητας αφορά σε διατήρηση της μέγιστης φωτεινότητας σε διαφορετικές αποστάσεις του προβολέα από το πεδίο, ώστε ο υπολειπόμενος φωτισμός (αποφυγή σκιάσεων) όταν παρεμβάλλονται εμπόδια, να μην διαφοροποιείται σε σχέση με τον μέγιστο φωτισμό. Επίσης το σύστημα κλιμάκωσης του φωτός με αυτόματη εστίαση που αναφέρει η προσφεύγουσα εταιρεία, αφορά μόνο στην διατήρηση της διαμέτρου του πεδίου φωτισμού και όχι στην διατήρηση της φωτεινότητας. Από την κατατεθείσα προσφορά της προσφεύγουσας εταιρείας δεν προκύπτει ότι διαθέτει τέτοιο σύστημα και επομένως ορθά η επιτροπή αξιολόγησης έκρινε ότι δεν πληρείται η σχετική απαίτηση[...]».

15. Επειδή, σύμφωνα με τον παρεμβαίνοντα: «[...]Στον πρώτο λόγο της προσφυγής της η εταιρία «.....» ισχυρίζεται ότι το προσφερόμενο από αυτήν σύστημα καλύπτει το αιτούμενο της προδιαγραφής 2.7 καθώς διαθέτει σύστημα αυτόματης διαχείρισης σκιαλυτικότητας, το οποίο με τη χρήση αισθητήρων αναγνωρίζει τυχόν εμπόδια που παρεμβάλλονται στη φωτεινή δέσμη και αυξάνει την φωτιστική ένταση των ανεμπόδιστων LED, απενεργοποιώντας ταυτόχρονα τα εμποδιζόμενα LED, για την διατήρηση της βέλτιστης φωτιστικής έντασης και της ομοιογένειας του φωτεινού πεδίου, εξαλείφοντας πλήρως τις σκιάσεις.

Το ανωτέρω όμως σύστημα ουδεμία σχέση έχει με το αιτούμενο από την προδιαγραφή 2.7 σύστημα αυτόματης εξισορρόπησης της φωτεινότητας, μέσω του οποίου επιτυγχάνεται η διατήρηση της μέγιστης φωτιστικής ισχύος, σε διαφορετικές αποστάσεις του ενός μέτρου (απόσταση που αποδίδεται η μέγιστη φωτιστική ισχύς βάσει του σχετικού προτύπου) του φωτιστικού σώματος από το χειρουργικό πεδίο, αλλά απλώς επιτυγχάνει καλύτερα ποσοστά σκιαλυτικότητας σε περιπτώσεις παρεμβολής εμποδίων. Όταν όμως διαφοροποιείται η απόσταση του ενός μέτρου (απόσταση που αποδίδεται η μέγιστη φωτιστική ισχύς βάσει του σχετικού προτύπου) του φωτιστικού σώματος από το χειρουργικό πεδίο, τότε μειώνεται η μέγιστη φωτιστική ισχύς με αποτέλεσμα ο υπολειπόμενος φωτισμός να μειώνεται στο χειρουργικό πεδίο σε σχέση με την μέγιστη φωτεινότητα. Για να γίνει πλήρως κατανοητό

Αριθμός Απόφασης: 1160/2022

επισυνάπτουμε (συνημμένο 1) το κατατεθέν ΦΥΛΛΑΔΙΟ 1 DATA SHEET ... στην προσφορά της εταιρίας μας, όπου στην σελίδα 2, παραπομπή 16, προκύπτει η διατήρηση της μέγιστης φωτιστικής ισχύος των 160.000 Lux σε διαφορετικές αποστάσεις, ακόμη και ανώτερες του ενός μέτρου (1,3 m). Στον δεύτερο λόγο της προσφυγής της η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι καλύπτει τα αιτού μένα της τεχνικής προδιαγραφής 2.7 καθώς και σε άλλο σημείο της προσφοράς της, στην προδιαγραφή 2.3. («Ο κύριος προβολέας και οι δύο δορυφόροι να αποδίδουν ρυθμιζόμενη διάμετρο πεδίου (ά10) από 20 έως 25 cm τουλάχιστον»), ανέλυσε ότι ο προσφερόμενος προβολέας διαθέτει σύστημα κλιμάκωσης το φως με αυτόματη εστίαση σε 70,100 και 130 cm. Το σύστημα αυτό, όμως, αφορά μόνο στην εστίαση της δέσμης φως και όχι στην εξισορρόπηση της φωτεινότητας που απαιτεί η προδιαγραφή 2.7[...].

16. Επειδή, σύμφωνα με το υπόμνημα του προσφεύγοντος: «[...]Η Επιτροπή σύνταξης προδιαγραφών εξακολουθεί αδικαιολόγητα να εμμένει στην εσφαλμένη ερμηνεία της, κατά το δοκούν, και αυθαίρετα ερμηνεύει ότι «το αιτούμενο σύστημα αυτόματης εξισορρόπησης φωτεινότητας αφορά σε διατήρηση της μέγιστης φωτεινότητας σε διαφορετικές αποστάσεις του προβολέα από το πεδίο». Ενώ σαφέστατα η προδιαγραφή 2.7 ζητά «σύστημα αυτόματης εξισορρόπησης της φωτεινότητας για την αποφυγή σκιάσεων στο χειρουργικό πεδίο». Η αιτούμενη εξισορρόπηση της φωτεινότητας από τον όρο 2.7 των τεχνικών προδιαγραφών δεν προϋποθέτει την μεταβολή ύψους του προβολέα όπως αυθαίρετως ισχυρίζεται η Αναθέτουσα Αρχή και η Παρεμβαίνουσα εταιρία ..., αλλά την διασφάλιση της αποφυγής σκιάσεων στο χειρουργικό πεδίο όπως ακριβώς επιτυγχάνει το προσφερόμενο αυτόματο σύστημα διαχείρισης της σκιαλυτικότητας «Automatic Shadow management» του χειρουργικού προβολέα της εταιρίας μας, μοντέλο ... Το καινοτόμο σύστημα αυτόματης διαχείρισης σκιαλυτικότητας του προβολέα ..., με τη χρήση αισθητήρων αναγνωρίζει τυχόν εμπόδια που παρεμβάλλονται στη φωτεινή δέσμη και αυξάνει την φωτιστική ένταση των ανεμπόδιστων LED, απενεργοποιώντας ταυτόχρονα τα εμποδιζόμενα LED για την διατήρηση της βέλτιστης φωτιστικής έντασης και της ομοιογένειας του φωτεινού πεδίου, εξαλείφοντας πλήρως τις σκιάσεις στο πεδίο. Δηλαδή, κάθε στοιχείο που το φως του εμποδίζεται σβήνει αυτόματα και ταυτόχρονα τα υπόλοιπα φωτιστικά

Αριθμός Απόφασης: 1160/2022

στοιχεία αυξάνουν την ένταση με σκοπό να αντισταθμίσουν την σκίαση στο χειρουργικό πεδίο. Ακόμη και αν ο χειρουργός αλλάζει συνεχώς θέση, το φωτιστικό πεδίο παραμένει ομοιογενώς φωτισμένο με σταθερή φωτεινότητα, χωρίς την ανάγκη για χειροκίνητη ρύθμιση του φωτός». Με άλλα λόγια, εκείνο που με σαφήνεια ζητά ο παραπάνω όρος 2.7 των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης είναι οι προβολείς χειρουργείου να μπορούν αυτόματα να εξισορροπούν τη φωτεινότητά τους, δηλαδή να την αυξάνουν, όταν παρεμβάλλονται εμπόδια (λ.χ. ο χειρουργός κλπ.) στο πεδίο τους, προκειμένου να αποφεύγονται και να εξαλείφονται οι σκιάσεις που προκαλούνται από την παρεμβολή των εμποδίων στο διαχεόμενο από τον προβολέα φως. Πουθενά δεν προβλέπεται στον συγκεκριμένο όρο ότι οι προβολείς θα πρέπει να αυξάνουν τη φωτεινότητά τους ακόμη και στην περίπτωση που μετακινούνται καθ' ύψος και, συγκεκριμένα, όταν βρίσκονται πάνω από ένα (1) μέτρο από το χειρουργικό πεδίο αλλά η επιτροπή από μόνη της συμπλήρωσε νοητά την προϋπόθεση αυτή στον όρο αυτό, λαμβάνοντας ως δεδομένο κάτι που ρητώς δεν προβλέπεται. Ενώ, όπως είναι γνωστό στην τεχνολογία των χειρουργικών προβολέων, η μέτρηση της μέγιστης έντασης φωτισμού των φωτιστικών σωμάτων πραγματοποιείται πάντα στην απόσταση του 1 μέτρου βάσει του Ευρωπαϊκού προτύπου EN 60601-2-41:2009 (IEC 60601-2-41:2009), που αφορά τις ιατρικές ηλεκτρικές συσκευές - Μέρος 2-41: Ειδικές απαιτήσεις για τη βασική ασφάλεια και την ουσιώδη επίδοση χειρουργικών φωτιστικών σωμάτων και φωτιστικών σωμάτων για διάγνωση, Εάν η επιτροπή ερμήνευε ορθά και σύμφωνα με το γράμμα του τον παραπάνω όρο της διακήρυξης δεν θα απέρριπτε την τεχνική μας προσφορά και τα όσα αναφέραμε στο Φύλλο Συμμόρφωσης, διότι ακριβώς με το καινοτόμο σύστημα αυτόματης διαχείρισης της σκιαλυτικότητας που διαθέτουν και οι δύο προβολείς μας, με το οποίο επιτυγχάνεται η αύξηση της φωτεινότητάς τους που είναι και αυτό που απαιτεί ο όρος της διακήρυξης, επιτυγχάνεται η αποφυγή των σκιάσεων, όπως ΕΠΙΣΗΣ ζητά η ίδια προδιαγραφή, κάτι που η επιτροπή αγνόησε. 2. Επιπρόσθετα, η επιτροπή του διαγωνισμού δεν έλαβε καθόλου υπόψη της το υπόλοιπο περιεχόμενο της προσφοράς μας, που ρητώς αναφέραμε στην προσφορά μας, σε άλλο σημείο της, σημείο 2.3 ότι οι προβολείς μας διαθέτουν σύστημα κλιμάκωσης του φωτός με αυτόματη

Αριθμός Απόφασης: 1160/2022

εστίαση σε 70, 100 και 130cm, ήτοι και όταν αυτοί μετακινούνται καθ' ύψος και πάνω από ένα (1) μέτρο από το χειρουργείο με αποτέλεσμα να μην απαιτείται η χειροκίνητη ρύθμιση του φωτεινού πεδίου κατά την διάρκεια της χειρουργικής επέμβασης». Παραθέσαμε δε και την αντίστοιχη παραπομπή στο PROSPECTUS της κατασκευάστριας εταιρείας ... (σελ. 10), αποδεικνύοντας ότι πράγματι οι προβολείς μας διαθέτουν και την ιδιότητα αυτή, την οποία η επιτροπή θεώρησε εσφαλμένα ως ελλείπουσα. Συνεπώς, έσφαλλε και ως προς αυτό η επιτροπή και, αντίστοιχα, μη νόμιμα η Αναθέτουσα Αρχή απέρριψε την προσφορά μας θεωρώντας πεπλανημένα ότι οι προβολείς μας δεν διαθέτουν σύστημα αυτόματης εξισορρόπησης της φωτεινότητάς τους όταν η απόστασή τους από το χειρουργικό πεδίο υπερβαίνει το ένα (1) μέτρο, καθόσον, αντιθέτως, από την ίδια την προσφορά μας προκύπτει και τεκμηριώνεται ότι και οι προβολείς μας διαθέτουν πράγματι και την ιδιότητα αυτή και, συνακόλουθα, εφόσον η επιτροπή θεωρούσε ότι αυτή εννοούνταν κατ' εφαρμογή της υπό κρίση 2.7 προδιαγραφής, έπρεπε για την ταυτότητα του λόγου και, βάσει της θεμελιώδους αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, να έκανε αποδεκτή και την δική μας προσφορά[...].».

17. Επειδή, στο άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), παράγραφος 1 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «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. [...]».

18. Επειδή, στο άρθρο 53 («Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης») παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016, ορίζεται 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 σύμβασης [...] περιέχουν ιδίως : [...] ιε) [...] τη διαδικασία και τα κριτήρια αξιολόγησης των προσφορών, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στα άρθρα 86 και 87 [...] ιζ) τους απαραίτους όρους, απόκλιση από τους οποίους

Αριθμός Απόφασης: 1160/2022

συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς. ιη) όλους τους γενικούς και ειδικούς όρους για την εκτέλεση της σύμβασης [...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κλπ.) [...]

19. Επειδή, στο άρθρο 54 «Τεχνικές προδιαγραφές (άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/Ε.Ε), παράγραφοι 2 έως 4 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «2. Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των συμβάσεων στον ανταγωνισμό. 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, β) με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και, με σειρά προτεραιότητας, σε εθνικά πρότυπα που αποτελούν μεταφορά ευρωπαϊκών πρότυπων, σε ευρωπαϊκές τεχνικές εγκρίσεις, σε κοινές τεχνικές προδιαγραφές, σε διεθνή πρότυπα, σε άλλα τεχνικά συστήματα αναφοράς που έχουν θεσπιστεί από ευρωπαϊκούς οργανισμούς τυποποίησης ή -όταν αυτά δεν υπάρχουν- σε εθνικά πρότυπα, σε εθνικές τεχνικές εγκρίσεις ή σε εθνικές τεχνικές προδιαγραφές στον τομέα του σχεδιασμού, του υπολογισμού και της εκτέλεσης των έργων και της χρησιμοποίησης των αγαθών, κάθε παραπομπή συνοδεύεται από τον όρο ή «ισοδύναμο», γ) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις κατά τα οριζόμενα στην περίπτωση α', με παραπομπή, ως τεκμήριο συμβατότητας προς τις εν λόγω επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β', δ) με παραπομπή στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' για ορισμένα χαρακτηριστικά και με παραπομπή στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις που αναφέρονται στην περίπτωση α' για ορισμένα άλλα χαρακτηριστικά. 4. Οι τεχνικές προδιαγραφές, εκτός εάν δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, δεν περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που να χαρακτηρίζει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που παρέχονται από έναν

Αριθμός Απόφασης: 1160/2022

συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, ούτε εμπορικού σήματος, διπλώματος ευρεσιτεχνίας, τύπων ή συγκεκριμένης καταγωγής ή παραγωγής που θα είχε ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή ορισμένα προϊόντα. Η εν λόγω μνεία επιτρέπεται, κατ' εξαίρεση, όταν δεν είναι δυνατόν να γίνει επαρκώς προσδιορισμένη και κατανοητή περιγραφή του αντικειμένου της σύμβασης κατ' εφαρμογή της παρ. 3. Η εν λόγω μνεία συνοδεύεται από τον όρο «ή ισοδύναμο». 9. Επειδή, στις παραγράφους 1.β) και 2 του Παραρτήματος VIII («Ορισμός ορισμένων τεχνικών προδιαγραφών») του Προσαρτήματος Α' του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «Για τους σκοπούς του Βιβλίου Ι νοούνται ως: 1. «τεχνική προδιαγραφή»: ένα από τα ακόλουθα: α) [...], β) όταν πρόκειται για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών ή υπηρεσιών: η προδιαγραφή που περιέχεται σε έγγραφο το οποίο προσδιορίζει τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά ενός προϊόντος ή μιας υπηρεσίας, όπως τα επίπεδα ποιότητας, τα επίπεδα της περιβαλλοντικής και κλιματικής επίδοσης, ο σχεδιασμός για όλες τις απαιτήσεις (συμπεριλαμβανομένης της δυνατότητας πρόσβασης για τα άτομα με αναπηρία), και η αξιολόγηση της συμμόρφωσης, της καταλληλότητας, της χρήσης του προϊόντος, της ασφάλειας ή των διαστάσεών 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: 2. «πρότυπο»: η τεχνική προδιαγραφή που έχει εγκριθεί από αναγνωρισμένο οργανισμό με δραστηριότητα τυποποίησης, για επαναλαμβανόμενη ή διαρκή εφαρμογή, της οποίας όμως η τήρηση δεν είναι υποχρεωτική και εμπίπτει σε μία από τις ακόλουθες κατηγορίες: α) «διεθνές πρότυπο»: πρότυπο που έχει εγκριθεί από διεθνή οργανισμό τυποποίησης και έχει τεθεί στη διάθεση του κοινού· β) «ευρωπαϊκό πρότυπο»: πρότυπο εγκεκριμένο από ευρωπαϊκό οργανισμό τυποποίησης που έχει τεθεί στη διάθεση του κοινού· γ) «εθνικό πρότυπο»: πρότυπο που έχει εκδοθεί από εθνικό οργανισμό τυποποίησης και έχει τεθεί στη διάθεση του κοινού».

Αριθμός Απόφασης: 1160/2022

20. Επειδή, στο άρθρο 91 («Λόγοι απόρριψης προσφορών») παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «[...] 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. 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 [...]».

21. Επειδή, σύμφωνα με τη διακήρυξη: «[...]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 “Τεχνικές Προδιαγραφές” του παραρτήματος Ι 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[...]*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:[...]* ι) η οποία παρουσιάζει αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης για το προσφερόμενο είδος[...]ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι -Τεχνικές Προδιαγραφές [...]2. ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑ ΤΕΧΝΙΚΑ ΧΑΡΑΚΤΗΡΙΣΤΙΚΑ[...]2.7. *Οι προσφερόμενοι προβολείς να διαθέτουν σύστημα αυτόματης εξισορρόπησης της φωτεινότητας για την αποφυγή σκιάσεων στο χειρουργικό πεδίο. Να αναφερθεί αναλυτικά ο τρόπος[...]*».

22. 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 (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε

Αριθμός Απόφασης: 1160/2022

ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (Ολ ΣΤΕ 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). 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 ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 25 και απόφαση SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, 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 ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 27).

23.Επειδή, περαιτέρω επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης 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).

24. Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, 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 τους 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

Αριθμός Απόφασης: 1160/2022

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, UniversaleBau, 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, Manona, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

25. Επειδή η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, ΣΤΕ 111/2006, 597/2007 κ. ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β΄ Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 195 επ.). Σύμφωνα, δε, με την εν λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

26. Επειδή σε συνέχεια των ως άνω σύμφωνα με το Ελεγκτικό Συνέδριο λόγω της εφαρμοζόμενης στους δημόσιους διαγωνισμούς αρχής της τυπικότητας, είχε κριθεί κατά το προγενέστερο θεσμικό καθεστώς ότι 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 τον τρόπο υποβολής των προσφορών των διαγωνιζομένων συνεπάγεται το απαράδεκτο αυτών (Ελ. Συν. VI Τμήμα, Απόφ. 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.

27. Επειδή οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (βλ. ΣΤΕ

Αριθμός Απόφασης: 1160/2022

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 (βλ. 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).

28. Επειδή η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

29. Επειδή, εξάλλου, σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «με ποινή αποκλεισμού...», «με ποινή απαραδέκτου...», «οι συμμετέχοντες πρέπει...» ή άλλους παρόμοιους, είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της (βλ. Γνμδ ΝΣΚ 70/2002).

30. Επειδή περαιτέρω, η αρχή της ίσης μεταχείρισης και η υποχρέωση διαφάνειας αντιτίθενται επίσης σε κάθε διαπραγμάτευση μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και ενός προσφέροντος στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, πράγμα που συνεπάγεται ότι, καταρχήν, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko κ.λπ.*, C599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31). Συνεπώς, οποιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση κάποιας ασάφειας και όχι την υποβολή μη υποβληθέντος δικαιολογητικού και συνακόλουθα την τροποποίηση της εν θέματι προσφοράς (βλ. σχετικές αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, *Archus and Gama*, C-131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko κλπ*, C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη

Αριθμός Απόφασης: 1160/2022

40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36). Ειδικότερα, η αίτηση και παροχή διευκρίνησης δεν δύναται να καταλήξει στο να υποβάλει, στην πραγματικότητα, ο συγκεκριμένος προσφέρων νέα προσφορά (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36). Σε κάθε περίπτωση, μια αίτηση διευκρίνισης δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη προσκόμισης εγγράφων ή παροχής πληροφοριών των οποίων η κοινοποίηση ήταν απαραίτητη βάσει των εγγράφων της οικείας σύμβασης, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να ελέγχει αυστηρώς αν τηρήθηκαν τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει (βλ., συναφώς, απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 40).

31. Επειδή, όπως προκύπτει από τη συνδυασμένη ερμηνεία κι εφαρμογή των άρθρων 2.4.3.2, 2.4.6 ι και την τεχνική προδιαγραφή 2.7 της ενότητας 2 του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης, το προσφερόμενο είδος (προβολείς) θα πρέπει, επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, να διαθέτει σύστημα αυτόματης εξισορρόπησης της φωτεινότητας για την αποφυγή σκιάσεων στο χειρουργικό πεδίο. Σημειώνεται ότι η υπό κρίση τεχνική προδιαγραφή είναι κοινή και για τα δύο τμήματα του διαγωνισμού, ήτοι 141837 και 141838.

32. Επειδή, εν προκειμένω, ως προκύπτει από την επισκόπηση της προσφοράς του προσφεύγοντος και δεν αμφισβητείται, ο τελευταίος δήλωσε στα αντίστοιχα Φύλλα Συμμόρφωσης που υπέβαλε και για τα δύο παραπάνω τμήματα του διαγωνισμού (βλ. σελ. 6 αυτών), ότι τα προσφερόμενα εκ μέρους του είδη (προβολείς χειρουργείου) πληρούν την συγκεκριμένη προδιαγραφή, αναφέροντας ότι: «Το προσφερόμενο σύστημα διαθέτει σύστημα αυτόματης διαχείρισης σκιαλυτικότητας, το οποίο με τη χρήση αισθητήρων αναγνωρίζει τυχόν εμπόδια που παρεμβάλλονται στη φωτεινή δέσμη και αυξάνει την φωτιστική ένταση των ανεμπόδιστων LED, απενεργοποιώντας ταυτόχρονα τα εμποδιζόμενα LED, για την διατήρηση της βέλτιστης φωτιστικής έντασης και της ομοιογένειας του φωτεινού πεδίου, εξαλείφοντας πλήρως τις σκιάσεις». Περαιτέρω, προς τεκμηρίωση των ανωτέρω δηλώσεών του, στο ίδιο σημείο του Φύλλου Συμμόρφωσης παρέπεμπε στο Εγχειρίδιο Χρήσης (“USER

Αριθμός Απόφασης: 1160/2022

MANUAL”), σελ. 3 και 16, και στο Τεχνικό Φυλλάδιο (PROSPECTUS), σελ. 11, του κοινού κατασκευαστή των δύο προβολέων, όπου αναφέρονται στην αγγλική γλώσσα τα ακόλουθα: “A further innovation is the shadow management, which is rendered possible by numerous sensors in the light. Any cluster that has its light disturbed by the surgeon is automatically turned off. At the same time, the other light clusters increase intensity in order to compensate for the shadow. Even with the surgeon continuously changing position, the light field remains homogeneously illuminated, without the need for manual adjustment of the light” και σε μετάφραση: «Μία περαιτέρω καινοτομία είναι η διαχείριση σκιαλυτικότητας, που καθίσταται δυνατή μέσω πολυάριθμων αισθητήρων φωτός. Κάθε στοιχείο που το φως του εμποδίζεται από τον χειρουργό σβήνει αυτόματα. Ταυτόχρονα, τα υπόλοιπα φωτιστικά στοιχεία αυξάνουν την ένταση με σκοπό να αντισταθμίσουν για την σκίαση. Ακόμη και αν ο χειρουργός αλλάζει συνεχώς θέση, το φωτιστικό πεδίο παραμένει ομοιογενώς φωτισμένο, χωρίς την ανάγκη για χειροκίνητη ρύθμιση του φωτός». Κατόπιν αξιολόγησης της σχετικής προσφοράς η αναθέτουσα αρχή απέρριψε αυτήν με την ακόλουθη αιτιολογία: *«δεν προκύπτει ότι ο προσφερόμενος προβολέας διαθέτει αυτόματο σύστημα εξισορρόπησης φωτεινότητας. Η απάντηση στο φύλλο συμμόρφωσης, αναφέρεται σε αυτόματο σύστημα διαχείρισης σκιαλυτικότητας δηλαδή στις περιπτώσεις που παρεμβάλλονται εμπόδια μεταξύ του φωτιστικού σώματος και του φωτεινού πεδίου και αφορά στην απόσταση του ενός μέτρου αυστηρά (όπου αποδίδεται η μέγιστη φωτιστική ένταση). Εάν το φωτιστικό σώμα βρίσκεται σε απόσταση μεγαλύτερη, τότε μειώνεται η φωτιστική ένταση στο πεδίο και ακολούθως η εναπομένουσα φωτεινότητα στο πεδίο σε σχέση με τη μέγιστη φωτεινή ένταση».* Κατόπιν των ανωτέρω, ορθώς η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος ως μη πληρούσα την ανωτέρω τεχνική προδιαγραφή και τούτο για τους ακόλουθους λόγους: ο προσφεύγων, ως βάσιμα ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή, δεν προσφέρει σύστημα αυτόματης εξισορρόπησης φωτεινότητας που να δύναται να διατηρεί τη μέγιστη φωτεινότητα σε διαφορετικές αποστάσεις του προβολέα από το πεδίο, ώστε ο υπολειπόμενος φωτισμός (αποφυγή σκιάσεων) όταν παρεμβάλλονται εμπόδια, να μην διαφοροποιείται σε σχέση με τον μέγιστο φωτισμό. Αλλά

Αριθμός Απόφασης: 1160/2022

διαθέτει σύστημα σκιαλυτικότητας, ήτοι αναγνώρισης, μέσω αισθητήρων, τυχόν εμποδίου της φωτεινής δέσμης και εξάλειψης των σκιάσεων, που δημιουργούνται, όμως, σε συγκεκριμένη απόσταση, ήτοι, όπως ο ίδιος δηλώνει με την προσφορά του, μεταξύ φωτεινής δέσμης και χειρουργικού πεδίου. Με άλλα λόγια το προσφερόμενο από τον προσφεύγοντα σύστημα έχει ανώτατο όριο παροχής της υπό κρίση «λειτουργίας» το ένα μέτρο, στο οποίο αποδίδεται η μέγιστη ένταση φωτισμού των φωτιστικών σωμάτων (βλ. σχετικά και υπόμνημα προσφεύγοντος). Απορριπτέοι δε τυγχάνουν οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος ότι: *«Πουθενά δεν προβλέπεται στον συγκεκριμένο όρο ότι οι προβολείς θα πρέπει να αυξάνουν τη φωτεινότητά τους ακόμη και στην περίπτωση που μετακινούνται καθ' ύψος και, συγκεκριμένα, όταν βρίσκονται πάνω από ένα (1) μέτρο από το χειρουργικό πεδίο αλλά η επιτροπή από μόνη της συμπλήρωσε νοητά την προϋπόθεση αυτή στον όρο αυτό, λαμβάνοντας ως δεδομένο κάτι που ρητώς δεν προβλέπεται. Ενώ, όπως είναι γνωστό στην τεχνολογία των χειρουργικών προβολέων, η μέτρηση της μέγιστης έντασης φωτισμού των φωτιστικών σωμάτων πραγματοποιείται πάντα στην απόσταση του 1 μέτρου βάσει του Ευρωπαϊκού προτύπου EN 60601-2-41:2009 (IEC 60601-2-41:2009), που αφορά τις ιατρικές ηλεκτρικές συσκευές - Μέρος 2-41»*. Και τούτο διότι ο υπό κρίση όρος της διακήρυξης είναι απολύτως σαφής κατά το ότι το ζητούμενο σύστημα εξισορρόπησης φωτεινότητας, το οποίο δεν συμπίπτει με το προσφερόμενο σύστημα σκιαλυτικότητας, γιατί είναι διαφορετικό ζήτημα το να διατηρείται υπό οποιεσδήποτε συνθήκες σκίασης η ίδια φωτεινότητα με την μέγιστη αρχική και άλλο να αποφεύγονται οι σκιάσεις και μάλιστα όταν υφίσταται εμπόδιο σε συγκεκριμένη απόσταση στο πεδίο. Σε κάθε, όμως, περίπτωση, αυτονοήτως αφού σύμφωνα με τη ρητή πρόβλεψη της ζητούμενης προδιαγραφής, σκοπός αυτής είναι η «αποφυγή σκιάσεων στο χειρουργικό πεδίο», η τελευταία θα πρέπει ν'αφορά την σκίαση σε διαφορετικές αποστάσεις, μη περιοριζόμενες αποκλειστικά στο ένα μέτρα από το χειρουργικό πεδίο. Σημειώνεται ότι το υπό κρίση ζήτημα αφορά ακριβώς την εξισορρόπηση του φωτισμού από διαφορετικές αποστάσεις και όχι αυστηρά και περιοριστικά από απόσταση ενός μέτρου, ώστε όταν διαφοροποιείται η απόσταση του ενός μέτρου του φωτιστικού σώματος από

Αριθμός Απόφασης: 1160/2022

το χειρουργικό πεδίο, στην οποία αποδίδεται η μέγιστη φωτιστική ισχύς κατά το πρότυπο, τότε μειώνεται η μέγιστη φωτιστική ισχύς με αποτέλεσμα ο υπολειπόμενος φωτισμός να μειώνεται σε σχέση με τη μέγιστη φωτεινότητα. Συνεπώς, δεν πρόκειται για επιπλέον προϋπόθεση που πρόσθεσε η αναθέτουσα αρχή, ως αβάσιμα ισχυρίζεται ο προσφεύγων, ο οποίος, ως συνετός διαγωνιζόμενος όφειλε να ερμηνεύσει ορθά τον όρο της διακήρυξης, άλλως να ζητήσει επικαίρως σχετικές διευκρινίσεις. Απεναντίας, ως προκύπτει από το κατατεθέν φυλλάδιο του παρεμβαίνοντος, το προσφερόμενο από εκείνον είδος έχει τη δυνατότητα διατήρησης της μέγιστης φωτεινότητας των 160.000 Lux σε διαφορετικές αποστάσεις, ήτοι κατώτερες, ίσες και ανώτερες του ενός μέτρου. Σε κάθε περίπτωση ο προσφεύγων με όσα ισχυρίζεται στην προσφυγή του επί της ουσίας αμφισβητεί, πλην, όμως ανεπίκαιρα, την οικεία τεχνική προδιαγραφή και μάλιστα παρά το γεγονός ότι συμμετείχε ανεπιφύλακτα στο διαγωνισμό. Περαιτέρω, το σύστημα κλιμάκωσης του φωτός με αυτόματη εστίαση που αναφέρει ο προσφεύγων και το οποίο σε κάθε περίπτωση δεν αφορά την οικεία προδιαγραφή, αναφέρεται αποκλειστικά και μόνο στην διατήρηση της διαμέτρου του πεδίου φωτισμού (βλ. προδιαγραφή 2.3.) και όχι στην διατήρηση της φωτεινότητας κι, επομένως αλυσιτελώς το επικαλείται προς άντληση επιχειρήματος υπέρ της πλήρωσης από τον ίδιο της τεχνικής προδιαγραφής 2.7. Συνεπώς, ορθώς η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος και ο λόγος της προσφυγής πρέπει ν'απορριφθεί.

33. Επειδή, κατόπιν της ανωτέρω πλημμέλειας της προσφοράς του προσφεύγοντος, που αποτελεί αυτοτελή λόγο απόρριψης της προσφοράς του, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση των λοιπών λόγων της προσφυγής σε βάρος του προσφεύγοντος.

34. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω πρέπει ν'απορριφθεί η προσφυγή και να γίνει δεκτή η παρέμβαση.

35. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη πρέπει να καταπέσει το καταβληθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός Απόφασης: 1160/2022

Απορρίπτει την προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 20-07-2022 και εκδόθηκε στις 4-08-2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΜΑΡΓΑΡΙΤΑ ΚΑΝΑΒΑ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ
Α/Α ΓΙΩΡΓΟΣ ΛΙΖΙΔΗΣ**