

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 2 Σεπτεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Μαργαρίτα Κανάβα, Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή – Εισηγήτρια και Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 25.07.2022 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ενιαία Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΑΔΗΣΥ) 1039/26.07.2022 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα «...», που εδρεύει στ... ..., οδός ... αρ. ... και ... αρ....., όπως εκπροσωπείται νόμιμα, εφεξής ο «προσφεύγων».

Κατά του «ΓΕΝΙΚΟΥ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟΥ» και κατά (α) της από 20-06-2022 (12η Συνεδρίαση) απόφασης του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής, με την οποία εγκρίθηκαν τα πρακτικά αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών, κατά το σκέλος αυτής με το οποίο έγινε δεκτή η προσφορά του οικονομικού φορέα «...» και κατακυρώθηκε σε αυτόν η σύμβαση για το είδος 35.1β, (β) της από 8-07-2022 (13ης Συνεδρίαση) απόφασης του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής, με την οποία εγκρίθηκαν τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του ως άνω οικονομικού φορέα, εφεξής «η προσβαλλομένη».

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

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

Αριθμός Απόφασης: 1358/2022

Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης). Το καταβληθέν παράβολο αποτελεί το κατώτερο ποσό νομίμου παραβόλου, λαμβανομένης υπόψη της εκτιμώμενης αξίας του τμήματος 35. 1β της σύμβασης, στο πλαίσιο της οποίας ασκείται η υπό κρίση προσφυγή, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%, ποσού 6. 240,00 ευρώ.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αριθμ. ... Διακήρυξη προκήρυξε τον Ανοικτό Δημόσιο ηλεκτρονικό Διαγωνισμό (Αρ συστήματος ΕΣΗΔΗΣ ...) μέσω ΕΣΗΔΗΣ για την προμήθεια «Αναλώσιμου υλικού χειρουργείου» προϋπολογιζόμενης δαπάνης 149.139,26€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής.

3. Επειδή, η διακήρυξη καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 13-05-2022. Τα έγγραφα της παρούσας διαδικασίας δημόσιας σύμβασης καταχωρήθηκαν στο σχετικό ηλεκτρονικό χώρο του ΕΣΗΔΗΣ-προμήθειες/υπηρεσίες και αναρτήθηκαν στη Διαδικτυακή Πύλη(www.promitheus.gov.gr) του ΟΠΣ ΕΣΗΔΗΣ με αρ. ...

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 25-07-2022, δεδομένου ότι ο προσφεύγων έλαβε γνώση της προσβαλλομένης στις 15-07-2022, οπότε του κοινοποιήθηκε μέσω της ανάρτησής της στο ΕΣΗΔΗΣ. Επίσης, ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και κοινοποιήθηκε στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ 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, απαράδεκτο τυγχάνει το αίτημα του προσφεύγοντος προς ακύρωση, αυτοτελώς, των πρακτικών αποσφράγισης κι αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών καθώς, επίσης, αποσφράγισης κι αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, τα οποία δεν αποτελούν εκτελεστές πράξεις.

Αριθμός Απόφασης: 1358/2022

7. Επειδή, στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία για το είδος 35.1 β συμμετείχαν δύο οικονομικοί φορείς, ήτοι ο προσφεύγων και ο οικονομικός φορέας Με το υπ' αριθμ. 1/02-06-2022 Πρακτικό Τεχνικής Αξιολόγησης της Επιτροπής Παραλαβής και Αποσφράγισης προσφορών του Γενικού νοσοκομείου Ανατολικής Αχαΐας, η εν λόγω επιτροπή διαπίστωσε ότι η εταιρεία ... έχει υποβάλει όλα τα απαραίτητα δικαιολογητικά συμμετοχής και είναι εντός τεχνικών προδιαγραφών στα είδη που προσφέρει. Ομοίως, διαπίστωσε ότι η εταιρεία ... έχει υποβάλει όλα τα απαραίτητα δικαιολογητικά συμμετοχής και είναι εντός τεχνικών προδιαγραφών στα είδη που προσφέρει. Συνεπώς, η επιτροπή ομόφωνα πρότεινε την έγκριση των δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών των ως άνω εταιρειών, για όλα τα είδη που αυτές συμμετείχαν, συμπεριλαμβανομένου και του είδους με α/α 35.1β και το άνοιγμα των οικονομικών τους προσφορών. Στη συνέχεια, με το υπ'αριθμ. 2/02-06-2022 Πρακτικό Οικονομικής Αξιολόγησης της Επιτροπής Παραλαβής και Αποσφράγισης οικονομικών προσφορών του Γενικού νοσοκομείου ..., η εν λόγω Επιτροπή πρότεινε σχετικά με το τμήμα με α/α 35.1β την κατακύρωση του στην εταιρεία ..., η οποία είχε υποβάλει προσφορά για το σχετικό τμήμα με προσφερόμενη τιμή μονάδος 5,18 ευρώ πλέον ΦΠΑ. Ακολούθως, με το Απόσπασμα 12ης Συνεδρίασης Διοικητικού Συμβουλίου ... της 20/6/2022, το Διοικητικό Συμβούλιο του Γενικού Νοσοκομείου ... ομόφωνα αποφάσισε κι ενέκρινε τα υποβληθέντα πρακτικά αξιολόγησης (τεχνικής-οικονομικής) του ανοιχτού διαγωνισμού προμήθειας αναλωσίμων υλικών χειρουργείου και κατακύρωσε την προμήθεια του είδους με α/α 35.1β στην εταιρεία ... Περαιτέρω, με το υπ' αριθ. 3/06-07-2022 Πρακτικό της Επιτροπής Παραλαβής και Αποσφράγισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης του Γενικού νοσοκομείου ..., η Επιτροπή διαπίστωσε ότι έχουν υποβληθεί εμπρόθεσμα στο διαγωνισμό, τα δικαιολογητικά κατακύρωσης των προμηθευτών κι εν τέλει με το Απόσπασμα 13ης Συνεδρίασης Διοικητικού Συμβουλίου Γ.Ν. ... της 8/7/2022, το Διοικητικό Συμβούλιο του Νοσοκομείου ενέκρινε το πρακτικό αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης του ανοιχτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού προμήθειας Αναλώσιμου υλικού χειρουργείου. Ήδη με την παρούσα ο προσφεύγων στρέφεται κατά τις προσβαλλομένης, με την οποία επικυρώθηκαν τα ως άνω πρακτικά και συγκεκριμένα κατά το μέρος με το οποίο κατακυρώθηκε η προμήθεια του

Αριθμός Απόφασης: 1358/2022

τμήματος με α/α 35.1β στην εταιρεία Επομένως, ο προσφεύγων, ο οποίος έχει υποβάλλει έγκυρη προσφορά στο διαγωνισμό, με έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση προσφυγή επικαλούμενος ζημία του ερειδόμενη στην παράνομη αποδοχή της προσφοράς του οικονομικού φορέα ... και όφελος από την ανάδειξη του ίδιου ως μειοδότη.

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή την 26-07-2022 προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής δια μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους ενδιαφερόμενους σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

9. Επειδή με τις υπ' αριθμ. 1507/2022 και 1621/2022 Πράξεις της Προέδρου του 4ου Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

10. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή στις 2-08-2022 απέστειλε στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ απόψεις της επί της προσφυγής.

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

12. Επειδή, σύμφωνα με τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντα, η εταιρεία ... δεν κατέθεσε έγγραφο από κοινοποιημένο οργανισμό που να δηλώνει τα αποτελέσματα δοκιμών του υλικού για την πιστοποίηση συμμόρφωσης με EN ISO 1138-3-1, ως απαιτείται από τη διακήρυξη, αλλά, αντ'αυτής προσκομίζει βεβαίωση του κατασκευαστικού οίκου ... με την οποία δηλώνεται ότι «η οικογένεια ... βιολογικών δεικτών για την παρακολούθηση διαδικασιών αποστείρωσης έχει αναπτυχθεί, ελεγχθεί και παραχθεί σε συμμόρφωση με τα πρότυπα ISO 1138-1, 1138-2, 1138-3, 1138-4, 1138-5». Επίσης, προσκομίζει δήλωση του ως άνω κατασκευαστικού οίκου με την οποία δηλώνεται ότι: «η σειρά Βιολογικών Δεικτών ... της ... για την επικύρωση διαδικασιών αποστείρωσης σχεδιάζονται, δοκιμάζονται και παράγονται σύμφωνα με τα ακόλουθα πρότυπα: 1138-1:2017, 1138-2:2017, 1138-3:2017, 1138-4:2017, 1138-5:2017, 1138-6:2021».

13. Επειδή, σύμφωνα με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής: «[...]σας γνωρίζουμε ότι η προσφεύγουσα ανέδειξε μία λεπτομέρεια της προσφοράς της εταιρείας ..., που κατόπιν ενδελεχέστερης μελέτης γίνεται αποδεκτή από την επιτροπή αξιολόγησης του διαγωνισμού».

Αριθμός Απόφασης: 1358/2022

14. Επειδή, σύμφωνα με τη διακήρυξη: «2.4.3.2 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 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 [...]ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι[...]35 ΒΙΟΛΟΓΙΚΟΙ ΔΕΙΚΤΕΣ ΚΛΙΒΑΝΟΥ ΑΤΜΟΥ 35.1[...]Να κατατίθεται έγγραφο από ανεξάρτητο κοινοποιημένο οργανισμό που θα δηλώνει τα αποτελέσματα των δοκιμών του υλικού για την πιστοποίηση συμμόρφωσης με το EN ISO 11138-3-1».

15. Επειδή, κατά τα παγίως γεγόμενα δεκτά από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (ΕΑ ΣΤΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό Διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον Διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Ενόψει τούτων, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν την διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων κατά το πνεύμα τόσο της κοινοτικής όσο και της εθνικής νομοθεσίας, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα αξιούμενα από τη Διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία (πρβλ. ΣΤΕ 5022/2012) προκειμένου να συμμετάσχει νομίμως στο Διαγωνισμό. Η παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του διαγωνισμού (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Αντιστοίχως, η παράβαση

Αριθμός Απόφασης: 1358/2022

τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους (ΕΛΣυν 1949/2009 Τμήμα VI, ΕΛΣυν Πράξη 115/2008 Τμήμα VI, ΕΛΣυν Πράξη 10/2008 Τμήμα VI, ΕΛΣυν Πράξη 22/2005 Τμήμα VI). Ομοίως, 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 ELV Slovenko κλπ, σκέψη 25 και περαιτέρω παραπομπές σε 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).

16. Επειδή, ειδικότερα, ο διαχωρισμός μεταξύ ουσιώδους και επουσιώδους έλλειψης ως και μεταξύ τυπικού και ουσιώδους σφάλματος θα πρέπει να ερμηνεύεται μέσω του πρίσματος του άρ. 18 Ν. 4412/2016 και των αρχών που αυτό καθιερώνει επί των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων καθώς και εν γένει στο πλαίσιο του αποτελεσματικού ανταγωνισμού.

17. Επειδή, από τη συνδυασμένη ερμηνεία κι εφαρμογή των άρθρων 2.4.3.2 και του Παραρτήματος I-35.1 της διακήρυξης, προκύπτει με σαφήνεια ότι, ο προσφέρων οφείλει, επί ποινή απόρριψης της προσφοράς του, να υποβάλλει με την τεχνική του προσφορά έγγραφο από ανεξάρτητο κοινοποιημένο οργανισμό που θα δηλώνει τα αποτελέσματα των δοκιμών του υλικού για την πιστοποίηση συμμόρφωσης με το EN ISO 11138-3-1.

18. Επειδή, εν προκειμένω, όπως προκύπτει από την επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού, βάσιμα ισχυρίζεται ο προσφεύγων και ρητώς συνομολογεί η αναθέτουσα αρχή, ο οικονομικός φορέας ... δεν προσκόμισε το ανωτέρω ζητούμενο έγγραφο με την προσφορά του, η οποία, επομένως, έπρεπε ν'απορριφθεί κατά δεσμία αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής, λόγω παραβίασης ουσιώδους όρου της διακήρυξης, που έχει τεθεί με ποινή τον αποκλεισμό. Ειδικότερα δε ο ανωτέρω οικονομικός φορέας, σε αντίθεση με τον προσφεύγοντα που προσκόμισε το ζητούμενο έγγραφο, αντ'αυτού προσκόμισε: α) βεβαίωση του κατασκευαστικού οίκου ... με την οποία δηλώνεται ότι «η οικογένεια ... βιολογικών δεικτών για την παρακολούθηση διαδικασιών αποστείρωσης έχει αναπτυχθεί, ελεγχθεί και παραχθεί σε

Αριθμός Απόφασης: 1358/2022

συμμόρφωση με τα πρότυπα ISO 1138-1, 1138-2, 1138-3, 1138-4, 1138-5»
β) δήλωση του ως άνω κατασκευαστικού οίκου με την οποία δηλώνεται ότι: «η σειρά Βιολογικών Δεικτών ... της ... για την επικύρωση διαδικασιών αποστείρωσης σχεδιάζονται, δοκιμάζονται και παράγονται σύμφωνα με τα ακόλουθα πρότυπα: 1138-1:2017, 1138-2:2017, 1138-3:2017, 1138-4:2017, 1138-5:2017, 1138-6:2021». Πλην, όμως, τα ως άνω υποβληθέντα με την προσφορά του οικονομικού φορέα ... έγγραφα, παρά τα ζητούμενα από την διακήρυξη, δεν εκδόθηκαν από κοινοποιημένο φορέα, αλλά από τον ίδιο τον κατασκευαστικό οίκο κι, επιπλέον με αυτά ουδόλως δηλώνονται τα αποτελέσματα των δοκιμών του υλικού για την πιστοποίηση συμμόρφωσης με το EN ISO 11138-3-1. Συνεπώς, ο μοναδικός λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

19. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω η προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

20. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα το καταβληθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή και ακυρώνει την προσβαλλομένη, κατά το προσβαλλόμενο σκέλος, σύμφωνα με το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε κι αποφασίστηκε στις 2-09-2022 κι εκδόθηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 20-09-2022.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΜΑΡΓΑΡΙΤΑ ΚΑΝΑΒΑ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ