

Η

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

7ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 24^η Δεκεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη-Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Μιχαήλ Σειραδάκης και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 16.11.2020 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 1677/17.11.2020 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής προσφεύγων), που εδρεύει ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ..., (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και Του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής παρεμβαίνων), που εδρεύει ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αριθ. 33/θέμα 77^ο /29- 10-2020 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του ... που εκδόθηκε στο πλαίσιο της διακήρυξης με αρ. ..., το εγκριθέν μ' αυτήν υπό ημερομηνία 27-8-2020 πρακτικό της Επιτροπής διενέργειας διαγωνισμού, και κάθε άλλη συναφής πράξη ή παράλειψη της Διοίκησης, τόσο κατά το μέρος που απορρίφθηκε η τεχνική προσφορά του για το επίμαχο τμήμα της σύμβασης (Ομάδα 9: ΚΛΙΝΕΣ ΝΟΣΗΛΕΙΑΣ ΜΕ ΚΟΜΟΔΙΝΑ) όσο και κατά το μέρος που έγινε δεκτή η αντίστοιχη τεχνική προσφορά της εταιρίας «...»

Ο παρεμβαίνων αιτείται τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης,

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή για την άσκηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής έχει καταβληθεί e-παράβολο ύψους 600,00 Ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ..., εκτύπωση ηλεκτρονικής συναλλαγής της 16.11.2020 που αφορά στην πληρωμή του εν λόγω παραβόλου δια μέσου της ... και εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών όπου στο πεδίο κατάσταση του ως άνω παραβόλου αναφέρεται η ένδειξη «Δεσμευμένο»).

2. Επειδή, με την με αρ. ... διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε Διεθνή, Ανοικτό, Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά, με χρήση προσέγγισης κόστους αποτελεσματικότητας, για την προμήθεια: *«Ιατροτεχνολογικού και ξενοδοχειακού εξοπλισμού για την ανάπτυξη της Καρδιοθωρακοχειρουργικής κλινικής του ...»*, υποδιαιρούμενη σε 9 τμήματα, με δικαίωμα υποβολής προσφοράς για ένα ή περισσότερα είδη για το σύνολο όμως της ποσότητας, προϋπολογισμού 476.653,22 χωρίς ΦΠΑ. Ειδικότερα, ο προϋπολογισμός του επίμαχου τμήματος 9 «Κλίνες νοσηλείας με κομοδίνα», ανέρχεται σε 64.516,12 €, πλέον ΦΠΑ.

3. Επειδή, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου περίληψη της διακήρυξης απεστάλη στο Συμπλήρωμα Προγραμματισμού της Επίσημης Εφημερίδας της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 14.07.2020, η διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ), καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ

4. Επειδή, η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικειμένου της, της προϋπολογισθείσας αξίας και του χρόνου εκκίνησης της, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του ν. 4412/2016.

5. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) κατατέθηκε στις 16.11.2020 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, ήτοι εμπροθέσμως, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και γ) είναι νομίμως υπογεγραμμένη.

6. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 του ν. 4412/2016 και της παρ. 1 του άρθρου 9 του π.δ 39/2017, κοινοποίησε την προσφυγή στις 18.11.2020 σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε εμπροθέσμως στην ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις της περ. β της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, τις από 27.11.2020 απόψεις της επί της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής. Αναφορικά με το αίτημα λήψης μέτρων προσωρινής προστασίας, κατέστη άνευ αντικειμένου καθόσον η αναθέτουσα αρχή ανέστειλε με έγγραφο της στις 23.11.2020 την περαιτέρω διενέργεια του διαγωνισμού έως την έκδοση απόφασης από την ΑΕΠΠ.

8. Επειδή, ο προσφεύγων ως προσφέρων στην υπό στοιχείο 2 της παρούσας διαγωνιστική διαδικασία, θεμελιώνει πρόδηλο έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής, ως προς το μέρος που αφορά στην απόρριψη της προσφοράς του. Η δε διαπλαστική ενέργεια της ακυρωτικής απόφασης της ΑΕΠΠ αποτελεί μία από τις κύριες συνέπειες αυτής και επενεργεί *erga omnes* σε αναδραμόντα χρόνο και, ως εκ του διαπλαστικού της χαρακτήρα, ενεργεί υπέρ και κατά πάντων. Η ακυρωθείσα πράξη θεωρείται ως μηδέποτε εκδοθείσα και κατ' αυτόν τον τρόπο επαναφέρεται αυτοδικαίως η πραγματική και νομική κατάσταση που υπήρχε πριν από την έκδοσή της. Με τη διαπλαστική απόφαση

συντελείται η μεταβολή μιας έννομης σχέσης, δημιουργείται μια νέα νομική κατάσταση, το, δε, γεγονός της συντελεσθείσας αυτής νομικής μεταβολής πρέπει, κατά νομοθετική βούληση, να αναγνωρισθεί ως γεγονός αναμφισβήτητο. Το αναγνωριστικό-διαγνωστικό αυτό πόρισμα της ακυρωτικής απόφασης ανευρίσκεται στις αιτιολογίες της απόφασης και μάλιστα αποτελεί «προδικαστικό ζήτημα» του κυρίου ζητήματος, που είναι η ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης. Ως εκ τούτου, με βάση τα κριθέντα στην απόφαση ΕΑ ΣΤΕ 408/2018 (σκ. 9) σε περίπτωση, που με απόφαση της ΑΕΠΠ ακυρωθεί η απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος, χωρεί η μετ' εννόμου συμφέροντος προβολή εκ μέρους του και νόμιμη εξέταση εκ μέρους της ΑΕΠΠ των λόγων που βάλλουν κατά της συμμετοχής έτερου συμμετέχοντος, χωρίς να απαιτείται να εκδοθεί νέα απόφαση της αναθέτουσας αρχής σε συμμόρφωση προς την απόφαση αυτή. Ωστόσο, σχετικά με τους ισχυρισμούς του περί απόρριψης της προσφοράς έτερων προσφερόντων των οποίων οι προσφορές κρίθηκαν αποδεκτές, διαγωνιζόμενος ο οποίος νομίμως αποκλείεται – λαμβάνοντας υπόψη και τα ανωτέρω διαλαμβανόμενα - από διαγωνισμό δεν έχει, καταρχήν, έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, καθόσον με τον αποκλεισμό του καθίσταται, ως προς το διαγωνισμό αυτό, τρίτος (βλ. Ε.Α. ΣΤΕ 301/2011, 748/2010, 1317/2009, ΣΤΕ 2817/2008, 1450/2007 και 666/2006). Κατ' εξαίρεση, όμως, και προς διασφάλιση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, η οποία αποτελεί ειδικότερη έκφανση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας που διέπουν το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, με έννομο συμφέρον προβάλλει ισχυρισμούς αναφερόμενους αποκλειστικώς στην αποδοχή της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, παρά τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ίδιου με εκείνον που απετέλεσε την αιτιολογία αποκλεισμού του (πρβλ. Ε.Α. ΣΤΕ 174/2016, 44/2014, 106/2013, 380/2012, 671/2011, 1156, 329/2010, 246/2009 274/2012 και Φ. Αρναούτογλου, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010, 2η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, παρ. 141 σελ. 100 και παρ. 368 σελ. 230, Απόφαση ΑΕΠΠ 242/2019, σκ. 10). Ομοίως, νομίμως και μετ' εννόμου συμφέροντος δύναται να αιτηθεί τη ματαίωση

του διαγωνισμού. Ειδικότερα, η δυνατότητα επιδίωξης ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας με σκοπό την εκκίνηση νέας ταυτόσημης διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης, με στόχευση την ανάληψη της εν λόγω προμήθειας {βλ. αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΕ), όπου ερμηνεύοντας τις ισχύουσες ρυθμίσεις της Οδηγίας 89/665 [με τις αποφάσεις του της 2.7.2013 και 5.4.2016 αντιστοίχως, επί των υποθέσεων C-100/12 Fastweb SpA και C-689/13 Puligienica Facility Esco SpA (PFE)], ταυτόσημες με τις εν προκειμένω εφαρμοστέες της ειδικής Οδηγίας 92/12 (L 76), αλλά και αυτές τούτες τις ρυθμίσεις της Οδηγίας 92/12 (απόφασή του της 11.5.2017, επί της υποθέσεως C-131/16, Archus sp.z. o.o και Gama Jacek Lipik), έκρινε ρητώς ότι το έννομο συμφέρον «ενδιαφερομένου» (άρθρο 2α παρ. 2 εδ. γ΄. στις δύο Οδηγίες), είναι δυνατόν να συνίσταται και στην ματαίωση της διαδικασίας, ώστε να κινηθεί νέα διαδικασία συνάψεως συμβάσεως και ΕΑ ΣτΕ 22/2018 αντίστοιχα}. Συνεπώς, το γεγονός ότι η προσφεύγουσα επικαλείται την ως άνω νομολογία της επιδίωξης της ματαίωσης της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας με την προσδοκία, στην περίπτωση που κριθεί ότι η προσφορά της ορθώς απορρίφθηκε, και, την πρόθεσή της να συμμετάσχει κατά την ενδεχόμενη επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού με το αυτό αντικείμενο και όρους στο μέλλον, ως μη οριστικώς αποκλεισθείσα (ΕΑ ΣτΕ 30/2019), καθιστά εν γένει και κατ'αρχήν παραδεκτή την προσφυγή του ως προς τους ισχυρισμούς κατά της προσφοράς του παρεμβαίνοντος.

9. Επειδή ο παρεμβαίνων κατέθεσε την από 27.11.2020 Παρέμβαση του, ήτοι εμπροθέσμως και νομίμως υπογεγραμμένη, με προφανές δε έννομο συμφέρον αιτείται τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης με την οποία κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του και απορρίφθηκε η προσφορά του προσφεύγοντος.

10. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, νομίμως και καταρχήν παραδεκτώς φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 7ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, κατόπιν της με αρ. 1982/17.11.2020 Πράξης της Προέδρου του Κλιμακίου.

11. Επειδή με την προσβαλλόμενη απόφαση εγκρίθηκε η τεχνική αξιολόγηση του διαγωνισμού για την προμήθεια «Ιατροτεχνολογικού & ξενοδοχειακού εξοπλισμού για την ανάπτυξη της Καρδιοθωρακοχειρουργικής κλινικής και η συνέχεια της διαδικασίας ήτοι της ηλεκτρονικής οικονομικής αποσφράγισης των προσφορών των εταιρειών ..., ..., ..., ..., ... και ... μέσω Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.. Εν προκειμένω, σύμφωνα με το σχετικό πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας για το είδος 9)Κρεβάτια νοσηλείας με κομοδίνα, προσφορά υπέβαλλαν δύο εταιρείες ήτοι ο προσφεύγων και ο παρεμβαίνων. Ειδικότερα, «... το μοντέλο ... του οίκου ..., το οποίο είναι εκτός τεχνικών προδιαγραφών για τους παρακάτω λόγους: 1.Η προδιαγραφή 28 ζητά η κλίνη να συνδέεται με κεντρικό σταθμό τοποθετημένο στον σταθμό νοσηλευτή και να μπορεί μέσω αισθητήρων να απεικονίζει την κατάσταση της κλίνης, τις κινήσεις αυτής και την κατάσταση του ασθενούς στην οθόνη του κεντρικού σταθμού. Το προσφερόμενο είδος δεν αναφέρεται ότι απεικονίζει την κατάσταση της κλίνης και τις κινήσεις αυτής παρά μόνο την κατάσταση του ασθενούς. 2. Η προδιαγραφή 3 ζητά η επιφάνεια κατάκλισης να είναι διαστάσεων 200 x 90cm, ($\pm 5\%$). Το προσφερόμενο είδος είναι διαστάσεων 200 x 85cm, πράγμα που σημαίνει ότι δεν πληροί τις απαιτήσεις του διαγωνισμού. 3. προδιαγραφή 29 ζητά το προσφερόμενο είδος να διαθέτει στην επιφάνειά του τουλάχιστον τρεις διαφορετικές ζώνες στήριξης για κεφαλή, κορμό και πέλματα. Στο προσφερόμενο είδος, οι ζώνες στήριξης δεν περιέχονται στην επιφάνεια του στρώματος όπως ζητά η προδιαγραφή. 4.Η προδιαγραφή 31 ζητά το στρώμα να διαθέτει ειδική ενίσχυση ζώνης κατά μήκος στις άκρες, ώστε να μην γλιστρά ο ασθενής κατά την έγερσή του. Το προσφερόμενο στρώμα δεν φαίνεται πουθενά στις παραπομπές της εταιρίας ότι διαθέτει ενίσχυση ζώνης κατά μήκος στις άκρες του στρώματος. Η παραπομπή της εταιρίας στην ενδεικτική φωτογραφία του στρώματος γίνεται με βελάκι και δείχνει σημείο εσωτερικά του στρώματος και όχι στην επιφάνεια.

Επιπροσθέτως, θα πρέπει να τονιστεί ότι για την απόδειξη της συμμόρφωσης με τις ζητούμενες τεχνικές προδιαγραφές του διαγωνισμού, η εταιρία ..., κάνει

παραπομπές με βελάκι πάνω σε φωτογραφίες του προσπέκτους, τις οποίες χαρακτηρίζει ως ενδεικτικές, δημιουργώντας σύγχυση σχετικά με ποιο τελικά είναι το προσφερόμενο είδος.

β. ...το μοντέλο ... του οίκου ..., και είναι εντός τεχνικών προδιαγραφών.

12. Επειδή, ο προσφεύγων, κατόπιν παράθεσης σχετικού ιστορικού και θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος του ως προς την απόρριψη της προσφοράς του, παραθέτει μία έκαστη εκ των προδιαγραφών που κρίθηκε ότι δεν πληροί το εκ μέρους του προσφερόμενο προϊόν καθώς και την αιτιολογία της προσβαλλόμενης και ισχυρίζεται :

Ως προς την προδιαγραφή **28** «Όπως προκύπτει από την ανωτέρω προδιαγραφή, ζητείται μ' αυτήν να παρέχεται η δυνατότητα σύνδεσης με κεντρικό σταθμό, ώστε μέσω αισθητήρων να απεικονίζεται η κατάσταση της κλίνης, των κινήσεών της και της κατάστασης του ασθενούς στην οθόνη του κεντρικού σταθμού. Με την ίδια προδιαγραφή, ωστόσο, δεν προσδιορίζονται κατά τρόπο συγκεκριμένο, εκτός άλλων, τόσο οι παράμετροι που αφορούν την κατάσταση της κλίνης όσο και οι κινήσεις της που πρέπει να απεικονίζονται στον κεντρικό σταθμό νοσηλευτή. Εν προκειμένω, η Εταιρία μας προσφέρει τη δυνατότητα σύνδεσης της κλίνης με το σύστημα παρακολούθησης "... InSight", σε κεντρικό σταθμό που θα είναι τοποθετημένος στο σταθμό νοσηλευτή και θα μπορεί μέσω αισθητήρων να απεικονίζει τα ζητούμενα με την ως άνω προδιαγραφή (κατάσταση κλίνης, κινήσεις αυτής, κατάσταση του ασθενούς) από την οθόνη του κεντρικού σταθμού. Εξάλλου, ως προς ό,τι αφορά την κατάσταση της κλίνης και τις κινήσεις της, παρέχεται μεταξύ άλλων η δυνατότητα παρακολούθησης (monitoring) της παρουσίας του ασθενούς επί της κλίνης, της παρακολούθησης των ζωτικών λειτουργιών του, της αναδίπλωσης του πλευρικού προστατευτικού κάγκελου και της κίνησης της κλίνης με σκοπό την πιθανή έξοδο του ασθενούς, ώστε αυτός να τυγχάνει της αναγκαίας άμεσης συνδρομής από το νοσηλευτικό προσωπικό κ.ά. (βλ. αρχείο 54.Prospectus ..., σελ. 2- 3, καθώς και φύλλο συμμόρφωσης, α.α. 28) Υπό το δεδομένο, λοιπόν,

ότι η ανωτέρω προδιαγραφή της διακήρυξης είναι διατυπωμένη κατά τρόπο που δεν περιγράφει συγκεκριμένες κινήσεις της κλίνης, ή συγκεκριμένες πληροφορίες που αφορούν την κατάστασή της, δεν αιτιολογείται νομίμως η απόρριψη της προσφοράς μας κατ' επίκληση του εντελώς αόριστου ισχυρισμού ότι δεν αναφέρεται πως το προσφερόμενο σύστημα απεικονίζει την κατάσταση της κλίνης και τις κινήσεις αυτής, όχι μόνον επειδή παρέχεται με την τεχνική προσφορά μας η σχετική τεκμηρίωση, αλλά και για το λόγο ότι δεν έχει τεθεί κάποια ειδικότερη απαίτηση, την οποία να μην πληροί η προσφορά μας. Μάλιστα, το προσφερόμενο από μέρος μας σύστημα διαθέτει την δυνατότητα **παραμετροποίησης**, ώστε εκτός από την δυνατότητα απεικόνισης της κατάστασης του ασθενούς, να παρέχει σχετικές πληροφορίες για την κατάσταση της κλίνης και τις κινήσεις της. Από το σύνολο, λοιπόν, των ανωτέρω καθίσταται πρόδηλο ότι οι προσφερόμενες εκ μέρους μας κλίνες νοσηλείας συμμορφώνονται απολύτως προς την κατά τα ανωτέρω θεσπισθείσα τεχνική προδιαγραφή της διακήρυξης, η δε αναθέτουσα Αρχή έσφαλε κατά το μέρος που αποφάσισε την απόρριψη της τεχνικής προσφοράς της Εταιρίας μας, χωρίς μάλιστα να μας καλέσει προηγουμένως προς παροχή σχετικών διευκρινίσεων, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 102 του Ν. 4412/2016.

Ως προς την προδιαγραφή 3 «Παρότι η προσφορά μας ανταποκρίνεται στη σχετική προδιαγραφή, καθώς προσφέρουμε ηλεκτρική κλίνη με τα ζητούμενα 4 τμήματα από ειδικό ανθεκτικό υλικό και εντός του εύρους της προτιμώμενης από το Νοσοκομείο διάστασης [200 x 90 cm, (\pm 5%)], η Επιτροπή του διαγωνισμού θεώρησε ότι υφίσταται απόκλιση που επιφέρει την απόρριψη της προσφοράς μας, επειδή κατ' αυτήν το πλάτος της κλίνης δεν μπορούσε να είναι μικρότερο από 85,5 cm, ενώ εμείς προσφέραμε κλίνη με πλάτος 85 cm. Ανεξαρτήτως του γεγονότος ότι η Εταιρία μας επέλεξε να προσφέρει κλίνη με πλάτος που κινείται προς την κατώτερη τιμή της προβλεπόμενης διακύμανσης, με σκοπό τη διευκόλυνση των χειρισμών κατά τις μετακινήσεις της, χωρίς ουδόλως να επηρεάζονται τα ωφέλιμα για τον ασθενή αποτελέσματα από τη χρήση της κλίνης, το γεγονός ότι εκ παραδρομής έγινε στρογγυλοποίηση του

προτεινόμενου πλάτους προς την προηγούμενη ακέραιη μονάδα (85cm) δεν μπορεί να στοιχειοθετήσει λόγο αποκλεισμού, δοθέντος ότι πρόκειται για απολύτως επουσιώδη διαφοροποίηση, μέσα στο περιθώριο της διακύμανσης της διάστασης αυτής, η οποία εύκολα παραμετροποιείται ανάλογα με τις εκάστοτε ανάγκες της αναθέτουσας Αρχής. Υπό τα δεδομένα αυτά, και επειδή ακριβώς η διαφορά στο κατ' αρχήν δηλωθέν πλάτος της κλίνης είναι αμελητέα, χωρίς ουδόλως να επηρεάζει την καλή λειτουργία της κλίνης, τα κλινικά οφέλη από τη χρήση της, την ασφάλεια και την άνεση της νοσηλείας του ασθενούς, ο πιο πάνω λόγος απόρριψης δεν στοιχειοθετεί νόμιμη αιτιολογία απόρριψης της προσφοράς μας.

Ως προς την προδιαγραφή 29. «Σύμφωνα με την ανωτέρω τεχνική προδιαγραφή του προσφερόμενου είδους, καθίσταται πρόδηλο ότι ουδόλως αποσαφηνίζεται εάν απαιτείται να υπάρχουν στην άνω (και μάλιστα στην εξωτερική) επιφάνεια του στρώματος οι 3 διαφορετικές ζώνες στήριξης, δοθέντος μάλιστα ότι ζητείται συνδυασμός δυο διαφορετικών υλικών κατασκευής με αφρό πολυουρεθάνης και βισκοελαστικό υλικό. Ως εκ τούτου, υπό το δεδομένο ότι το προσφερόμενο από μέρους μας στρώμα διαθέτει στην άνω επιφάνεια του μια ενιαία στρώση αφρού και ενδιάμεσα τις ζητούμενες στρώσεις (τρεις διαφορετικές ζώνες στήριξης), προκειμένου να παρέχει περισσότερο ασφαλή νοσηλεία και να μην δημιουργεί διαφορετικές πιέσεις από τον συνδυασμό διαφορετικής πυκνότητας αφρού στην άνω επιφάνειά του για τον ασθενή, παρέχοντας καλύτερο κλινικό αποτέλεσμα, καθίσταται πρόδηλο ότι συμμορφώνεται απολύτως προς την κατά τα ανωτέρω θεσπισθείσα τεχνική προδιαγραφή της διακήρυξης. Συνεπώς, ούτε κατά το μέρος αυτό είναι νόμιμη η απόρριψη της προσφοράς μας.

Ως προς την προδιαγραφή 31 «ουδόλως προκύπτει, σύμφωνα με την ανωτέρω προδιαγραφή, πως η ζητούμενη ζώνη ενίσχυσης πρέπει να βρίσκεται στην άνω επιφάνεια του στρώματος νοσηλείας και όχι κατά μήκος του. Τούτου δοθέντος, ενόψει του ότι το προσφερόμενο εκ μέρους μας στρώμα διαθέτει εσωτερικά την κατά τα ανωτέρω αναφερόμενη ζώνη ενίσχυσης (δείτε τη σχετική

αναφορά με την ανάλογη τεκμηρίωση στο φύλλο συμμόρφωσης), παρέχοντας εν τέλει το ίδιο αποτέλεσμα, παρίσταται προδήλως εσφαλμένη η ανωτέρω κρίση της αναθέτουσας Αρχής αναφορικά με την απόρριψη της προσφοράς της Εταιρίας μας.

Συμπερασματικά, εφόσον η Εταιρία μας έχει ανταποκριθεί πλήρως στις απαιτήσεις της Διακήρυξης ως προς τα τεχνικά χαρακτηριστικά των προσφερόμενων ειδών, δεν αιτιολογείται νομίμως η απόρριψη της τεχνικής μας προσφοράς.

13. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τις από 27.11.2020 «απόψεις» επί της υπό εξέταση προσφυγής τις οποίες κοινοποίησε σε κάθε ενδιαφερόμενο ισχυρίζεται ότι η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή τυγχάνει απορριπτέα ως απαράδεκτη, νόμω και ουσία αβάσιμη για τους κάτωθι λόγους και αιτίες «Στην υπό κρίση υπόθεση ο λόγος της προσφυγής σχετικά με τις προδιαγραφές 28, 3, 29 θα πρέπει να απορριφθεί πρωτίστως ως απαράδεκτος λόγω έλλειψης αμέσου εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας, καθ όσον η τελευταία δεν επικαλείται και δεν αποδεικνύει άμεση βλάβη από την προσβαλλόμενη πράξη, αλλά από όρο της Διακήρυξης (έτερη μη προσβαλλόμενη πράξη). Επίσης, εφόσον η προσφεύγουσα έχει συμμετάσχει ανεπιφύλακτα στο διαγωνισμό ή έχει αποδεχτεί τους όρους της διακήρυξης ανεπιφύλακτα και στο σύνολό τους δεν έχει έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα όρων της διακήρυξης με την ευκαιρία της προσβολής μεταγενέστερης βλαπτικής για τα συμφέροντά της πράξης της αναθέτουσας αρχής.

Η νομολογία έχει προσθέσει την τήρηση της αρχής της επίκαιρης και αυτοτελούς προσβολής των πρακτικών πράξεων όλων των οργάνων του διαγωνισμού στους αρνητικούς όρους του εννόμου συμφέροντος αποκλείοντας τον παρεμπόπτοντα έλεγχο της νομιμότητας αυτών με την ευκαιρία της προσβολής των μεταγενέστερων πράξεων ή παραλείψεων της διαγωνιστικής διαδικασίας (ΕΑ ΣτΕ 65/2012, 305/2011, 245/2011 κ.α., Δ.Ράικος, ό.π.σελ. 760-761, ΣτΕ 1273/2011 κ.α.).

β)του ότι πλήττει την ανέλεγκτη ακυρωτικά ουσιαστική ή τεχνική κρίση της διοίκησης.... Στην υπό κρίση περίπτωση η κρινόμενη προσφυγή είναι απορριπτέα ως απαράδεκτη, καθ όσον οι λόγοι της αναφέρονται αμέσως ή εμμέσως στην σκοπιμότητα της θέσπισης των τεχνικών προδιαγραφών αρ. 28, 3, 29 από την κανονιστική πράξη της επαναπροκήρυξης από το Νοσοκομείο. Έχει παγίως κριθεί ότι λόγοι προσφυγής με τους οποίους τη αιτούσα επιχειρεί, υπό την μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβήτησης της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης, να προδιαγράφει, κατά τις επαγγελματικές της ανάγκες, τα προς προμήθεια είδη και να προσδιορίσει, κατά τις δικές της δυνατότητες, τις τεχνικές προδιαγραφές τους είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (ΣτΕ 3719/2011, 2/2011, 287/2010 Ε.Α. ΣτΕ 201/2017, 354/2014, 1025...»

B. Νόμω και ουσία αβάσιμο της προσφυγής.... Όπως προκύπτει από το σαφές γράμμα του κανονιστικού πλαισίου της επαναπροκήρυξης, οι τεχνικές προδιαγραφές έχουν τεθεί επί ποινή αποκλεισμού του συμμετέχοντα.

Ως προς την προδιαγραφή 28: Απόκλιση από την απαίτηση: Ο κεντρικός σταθμός δεν μπορεί μέσω αισθητήρων να απεικονίζει την κατάσταση της κλίνης και των κινήσεων αυτής. Από τη σαφή γραμματική της διατύπωση προκύπτει ότι η κλίνη πρέπει να συνδέεται με κεντρικό σταθμό τοποθετημένο στο σταθμό νοσηλευτή και να μπορεί μέσω αισθητήρων να απεικονίζει την κατάσταση της κλίνης, τις κινήσεις αυτής και την κατάσταση του ασθενούς στην οθόνη του κεντρικού σταθμού. Εντούτοις το προσφερόμενο είδος δεν αναφέρεται ότι απεικονίζει την κατάσταση της κλίνης και της κινήσεις αυτής, παρά μόνο την κατάσταση του ασθενούς, με συνέπεια νομίμως αποκλείστηκε η τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας.

Στην παραπομπή της η προσφεύγουσα προς απόδειξη της πλήρωσης των ζητούμενων «Βλέπε A/A 54 PROSPECTUS ... ΣΕΛ.2 & 3 & A/A 33 ISO ..., & A/A 38 CE ... & A/A 59 ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΧΩΡΙΣ ΤΙΜΗ » αναφέρει ότι συνδέεται σε κεντρικό σταθμό μέσω αισθητήρων τοποθετημένων πάνω στο στρώμα, όπως απεικονίζει πόντο την κατάσταση του ασθενούς και συγκεκριμένα τον καρδιακό και αναπνευστικό ρυθμό, ενημερώνει το προσωπικό μέσω της αλλαγής της

πίεσης στο στρώμα, ότι κινδυνεύει να πέσει ή να σηκωθεί από την κλίνη και όταν ο ασθενής πρέπει να αλλάξει θέση για την προστασία του από κατακλίσεις. Δεν αναφέρεται πουθενά, σε κανένα prospectus που παραπέμπει η προσφέρουσα εταιρία, ότι το προσφερόμενο προς επιλογή σύστημα "... " απεικονίζει την κατάσταση της κλίνης και των κινήσεων αυτής, πράγμα πλήρως απαραίτητο και απαιτητό σε μία ΚΘΧ κλινική καθώς λόγω σοβαρότητας των χειρουργημένων περιστατικών που νοσηλεύει, απαιτείται να απεικονίζονται οι κινήσεις, λ.χ. αν η κλίνη βρίσκεται στο χαμηλότερο σημείο, αν η πλάτη έχει σηκωθεί και σε ποιες μοίρες, αν τα πλαϊνά κιγκλιδώματα είναι στην θέση τους ή κατεβασμένα, αν τα φρένα είναι απενεργοποιημένα κλπ. Συνεπώς τα προσφερόμενο δεν απεικονίζουν καμία παράμετρο για την κατάσταση της κλίνης αλλά μόνο του ασθενή.

Κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων αρ. 2.4.6, 2.4.3.2 της διακήρυξης, ενόψει και της αρχής της τυπικότητας που διέπει τον τρόπο σύνταξης εν γένει των προσφορών στα πλαίσια των διαδικασιών διενεργείας των δημόσιων διαγωνισμών και αποσκοπεί στην ύπαρξη διαφάνειας κατά τη διεξαγωγή των εν λόγω διαγωνισμών, στην αποφυγή του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και στην ανάγκη άμεσης και ευχερούς σύγκρισης αυτών μεταξύ τους, αλλά, και ενόψει της αρχής της ισότητας, οι κατ'ιδίαν απαιτήσεις τεχνικών προδιαγραφών για κάθε Ομάδα προσφερόμενων ειδών αποτελεί υποχρεωτική απαίτηση της διακήρυξης, δηλαδή απαραίτητο όρο, η μη τήρηση του οποίου επάγεται την απόρριψη της προσφοράς. Περαιτέρω, η μη τήρηση των ρητών από την επαναπροκήρυξη απαιτήσεων τεχνικών προδιαγραφών επί ποινή αποκλεισμού ανά Ομάδα προσφερόμενων ειδών δεν είναι επιδεκτική διόρθωσης ή συμπλήρωσης κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 102 του ν. 4412/2016, καθόσον τυγχάνει ουσιώδης και συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς, όπως ορίζεται στο άρθρο 91 παρ. 1 περ. β' του ίδιου νόμου (βλ. ΕΣ Τμήμα VI 230/2020 κ.α.) και δεν παρέχεται ούτε στο διαγωνιζόμενο, ούτε στον αναθέτοντα φορέα η δυνατότητα άρσης της παράβασης κατά το στάδιο του ελέγχου των προσφορών (ΕπΑνΣτΕ 184/2017, πρβλ. ΕπΑνΣτΕ 867/2009, 422/2009,

1211/2008, 1319/2007 κ.α.), τα δε όσα αντίθετα υποστηρίζει η προσφεύγουσα είναι απορριπτέα ως νομικά αβάσιμα.

Ως προς την προδιαγραφή 3: Απόκλιση από την απαίτηση: Η επιφάνεια κατάκλισης δεν είναι διαστάσεων 200 χ 90 cm. (\pm 5%). Η προσφέρουσα εταιρία τόσο με την απάντηση της στο φύλλο συμμόρφωσης και με τις παραπομπές της στα τεχνικά φυλλάδια προς απόδειξη αυτών, που κατέθεσε με την τεχνική της προσφορά, αποδεικνύει ότι η επιφάνεια κατάκλισης της προσφερόμενης κλίνης δεν καλύπτει τις ζητούμενες διαστάσεις της διακήρυξης. Εφ' όσον το πλάτος του προσφερόμενου είδους από την προσφεύγουσα υπολειπόταν του ελάχιστου κατώτατου ορίου διακύμανσης ήτοι του 85,5, νομίμως αποκλείστηκε η τεχνική της προσφορά.

Στην παραπομπή της προς απόδειξη της πλήρωσης των ζητούμενων «Βλέπε A/A 51 PROSPECTUS ... ΣΕΛ.2 & 3» αναφέρει ότι οι διαστάσεις της επιφάνειας κατάκλισης είναι 200 χ 85. Σύμφωνα με την ζητούμενη προδιαγραφή οι διαστάσεις της επιφάνειας κατάκλισης θα πρέπει να είναι από 190 έως 210 και από 85,5 έως 94,5. Η Επιτροπή σύνταξης των προδιαγραφών του Νοσοκομείου μας, έθεσε τις επιθυμητές διαστάσεις και για λόγους ανάπτυξης ανταγωνισμού έθεσε και εύρος απόκλισης συγκεκριμένο. Συνεπώς και εφόσον ορίζεται σαφέστατα το επιθυμητό εύρος της απόκλισης από την ζητούμενη διάσταση (\pm 5%) οποιαδήποτε απόκλιση από αυτό, συνιστά μη πλήρωση των ζητούμενων τεχνικών προδιαγραφών. Σε άλλη περίπτωση η Επιτροπή αξιολόγησης αν έκανε δεκτό οποιοδήποτε όριο εκτός και των επιτρεπόμενων ορίων απόκλισης, τότε στην ουσία θα καταργούσε την επίμαχη προδιαγραφή καθώς θα έθετε στην διακριτική ευχέρεια οποιουδήποτε τι εννοεί «μικρή απόκλιση». Για να αποφύγει ακριβώς αυτό, η Επιτροπή προδιαγραφών έθεσε σαφές εύρος ορίων απόκλισης από τις ζητούμενες προδιαγραφές και οποιοδήποτε εκτός αυτού θέτει εκτός προδιαγραφών κάθε προσφορά όσο «μικρό» και αν κρίνεται από οποιονδήποτε συμμετέχοντα.

Ως προς την υπ.αριθμ. 29 τεχνική προδιαγραφή κατά τη γραμματική της διατύπωση που είναι ευρεία απαιτεί το στρώμα στην επιφάνεια του να έχει τουλάχιστον τρεις διαφορετικές ζώνες στήριξης για κεφαλή, κορμό, πέλματα και

ο συνδυασμός πολυουρεθάνης και βισκοελαστικού υλικού να υπάρχει σε ολόκληρο το στρώμα και σε όλες τις ως άνω τρεις ζώνες για την καλύτερη προσαρμογή του σώματος και διανομή του βάρους του ασθενή.

Η προσφεύγουσα πουθενά δεν αναφέρει ούτε η ίδια στο φύλλο συμμόρφωσης ότι οι ζώνες στήριξης είναι στην επιφάνεια, πράγμα που ζητείται σαφέστατα στην απαίτηση της τεχνικής προδιαγραφής. Σε συνέχεια, στην παραπομπή της προς απόδειξη της πλήρωσης των ζητούμενων «ΒΛΕΠΕ Α/Α 52 PROSPECTUS ΣΤΡΩΜΑΤΟΣ ... ΣΕΛ.1» φαίνεται ξεκάθαρα στην φωτογραφία στην οποία η προσφέρουσα προσδιορίζει με 3 βέλη τις 3 διαφορετικές ζώνες στήριξης για κεφαλή, κορμό και πέλματα, οι οποίες όμως, όπως φαίνεται, δεν περιέχονται στην επιφάνεια του στρώματος σύμφωνα με τα ζητούμενα της άνω προδιαγραφής, παρά υπάρχουν σε διάφορα σημεία μέσα στο στρώμα. Επίσης η αναφορά στο prospectus ότι η φωτογραφία είναι ενδεικτική που παραπέμπει η προσφέρουσα, δεν ισχύει σε αυτή την περίπτωση, εφόσον η εταιρία κάνει παραπομπή προς απόδειξη στην συγκεκριμένη φωτογραφία και συνεπώς δέχεται ότι αυτό το στρώμα προσφέρει, άρα όπως είδαμε, δεν διαθέτει 3 διαφορετικές ζώνες στην επιφάνεια του όπως ζητείται. Επομένως, νομίμως αποκλείστηκε η προσφεύγουσα από την περαιτέρω εξέλιξη του διαγωνισμού.

Ως προς την υπ.αριθμ. 31 τεχνική από τη σαφή γραμματική της διατύπωση προκύπτει ότι το στρώμα θα πρέπει να διαθέτει ειδική ενίσχυση ζώνης κατά μήκος στις άκρες, για να μη γλιστρά ο ασθενής κατά την έγερσή του. Η προσφεύγουσα δεν επικαλείται και δεν αποδεικνύει ότι το προσφερόμενο στρώμα διαθέτει ενίσχυση ζώνης κατά μήκος στις άκρες του, η δε παραπομπή με βελάκι στην ενδεικτική φωτογραφία του προσπέκτους του στρώματος δείχνει σημείο εσωτερικά, όπως ομολογεί η προσφεύγουσα (οράτε σελ. 10 της προσφυγής) και όχι στις άκρες του ήτοι στην επιφάνεια, με βάση το σκοπό της προδιαγραφής που συνίσταται στο να μη γλιστρά ο ασθενής κατά την έγερσή του. Επίσης η αναφορά στο prospectus ότι η φωτογραφία είναι ενδεικτική που παραπέμπει η προσφέρουσα, δεν ισχύει σε αυτή την περίπτωση, εφόσον η εταιρία κάνει παραπομπή προς απόδειξη στην συγκεκριμένη φωτογραφία, το οποίο όπως είδαμε δεν διαθέτει ειδική ενίσχυση ζώνης κατά μήκος στις άκρες

του στρώματος. Τέλος πρέπει να τονιστεί ιδιαίτερα, ότι η προσφεύγουσα εταιρία για την απόδειξη της συμμόρφωσης με τις ζητούμενες τεχνικές προδιαγραφές του εν λόγω διαγωνισμού, παραπέμπει σε φωτογραφίες με βελάκια χαρακτηρίζοντάς τις ενδεικτικές μη γνωρίζοντας αν το μοντέλο που αναφέρει είναι το προσφερόμενο ή άλλο αντίστοιχο.

Όλο αυτό δημιουργεί ασάφεια και σύγχυση στο Νοσοκομείο μας και στην επιτροπή αξιολόγησης διαγωνισμού. Δεχόμενη η Επιτροπή τα ανωτέρω, νομίμως έκρινε αποκλείοντας την προσφεύγουσα από την περαιτέρω εξέλιξη του διαγωνισμού.

14. Επειδή ο παρεμβαίνων αναφορικά με τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης ως προς την απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος, κατόπιν παράθεσης σχετικού ιστορικού και της επισήμανσης ότι με την προσβαλλόμενη «δεν αποφασίσθηκε όπως εσφαλμένως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, η ανάδειξη της πάρεμβαίνουσας εταιρείας μας ως προσωρινής αναδόχου για την ομάδα 9 των ειδών της προμήθειας, αλλά η συνέχιση της διαδικασίας ηλεκτρονικής αποσφράγισης της προσφοράς της εταιρείας μας», ισχυρίζεται τα κάτωθι «II. ΝΟΜΩ ΚΑΙ ΟΥΣΙΑ ΒΑΣΙΜΗ ΚΑΙ ΣΥΜΦΩΝΗ ΣΤΗ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗ ΑΠΟΡΡΙΨΗ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΕΥΓΟΥΣΑΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ ΜΕ ΤΗΝ ΕΠΩΝΥΜΙΑ

'ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΗ 28: από την εξέταση της προσφοράς της προσφεύγουσας αποδεικνύεται ότι το προσφερόμενο είδος "... " δεν απεικονίζει την κατάσταση της κλίνης και των κινήσεων αυτής ως όριζε η εν λόγω προδιαγραφή αλλά μόνο την κατάσταση του ασθενούς. Συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα παρέπεμψε στο κατατεθειμένο τεχνικό φυλλάδιο ΒΛΕΠΕ Α/Α 54 PROSPECTUS ... ΣΕΛ.2 & 3 για το σύστημα "... " όπου φαίνεται ξεκάθαρα ότι το εν λόγω σύστημα απεικονίζει μόνο την κατάσταση του ασθενούς και συγκεκριμένα τον καρδιακό και αναπνευστικό ρυθμό, την κίνηση του ασθενούς σε περίπτωση που επιχειρήσει την έξοδο του από την κλίνη λόγω της αλλαγής της πίεσης του στρώματος και ειδοποιεί το προσωπικό για το πότε πρέπει ο ασθενής να αλλάζει θέση στο

στρώμα για την προστασία του από κατακλίσεις και όχι την κατάσταση της κλίνης και των κινήσεων αυτής, δηλαδή σημαντικές παραμέτρους της κατάστασης της κλίνης και των κινήσεων αυτής, όπως αν η κλίνη βρίσκεται στο χαμηλότερο ύψος, αν και στις πόσες μοίρες βρίσκεται το τμήμα της πλάτης, αν τα φρένα είναι απενεργοποιημένα ή αν τα πλαϊνά κιγκλιδώματα είναι κατεβασμένα. Η προσφεύγουσα εταιρεία στην προσπάθεια της να δικαιολογήσει την πλημμέλεια της προσφοράς της, εσφαλμένα και εντελώς αβάσιμα ισχυρίζεται ότι όσον αφορά την κατάσταση της κλίνης και των κινήσεων αυτής, παρέχεται και η απεικόνιση της αναδίπλωσης του πλευρικού προστατευτικού κάγκελου και της κίνησης της κλίνης με σκοπό την πιθανή έξοδο του ασθενούς, ώστε αυτός να τυγχάνει της αναγκαίας άμεσης συνδρομής από το νοσηλευτικό προσωπικό κ.ά. (βλ. αρχείο 54.Prospectus ..., σελ. 2-3, καθώς και φύλλο συμμόρφωσης, α.α. 28) εκτός από την δυνατότητα παρακολούθησης της παρουσίας του ασθενούς στην κλίνη και την παρακολούθηση των ζωτικών λειτουργιών του, το οποίο δεν υφίσταται και φαίνεται ξεκάθαρα στο κατατεθειμένο Prospectus ... ότι δεν απεικονίζει την κατάσταση της κλίνης και των κινήσεων αυτής αλλά μόνο την κατάσταση του ασθενούς και των ζωτικών λειτουργιών του. Επιπροσθέτως, η προσφεύγουσα εταιρεία για να δικαιολογήσει την πλημμέλεια της προσφοράς της αναφέρει στο δικόγραφο της προσφυγής της ότι το σύστημα που προσέφερε **έχει την δυνατότητα παραμετροποίησης** ώστε εκτός από την δυνατότητα απεικόνισης της κατάστασης του ασθενούς, να παρέχει σχετικές πληροφορίες για την κατάσταση της κλίνης και τις κινήσεις της που όμως δεν αναφέρονται πουθενά στο κατατεθειμένο Τεχνικό Φυλλάδιο «... προσπαθώντας με αυτόν τον τρόπο να παραπλανήσει την Αναθέτουσα αρχή. Ορθώς συνεπώς απορρίφθηκε η προσφορά της για τον συγκεκριμένο λόγο.

Προδιαγραφή 3 ...από την εξέταση της προσφοράς της προσφεύγουσας αποδεικνύεται ότι προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε στο φύλλο συμμόρφωσης: «Η επιφάνεια κατάκλισης είναι διαστάσεων 200 x 85 cm, αποτελούμενη από 4 τμήματα: πλάτης, λεκάνης, μηρών και ποδιών, κατασκευασμένα από ειδικό ανθεκτικό πλαστικό υλικό κατάλληλο για νοσοκομειακή χρήση, το οποίο δύναται

να καθαριστεί και να απολυμανθεί. Τα επιμέρους τμήματα δύνανται να αντικατασταθούν μεμονωμένα σε περίπτωση φθοράς τους» και παρέπεμψε στο κατατεθειμένο ΒΛΕΠΕ Α/Α 51 PROSPECTUS ... ΣΕΛ.2 & 3 όπου είναι σαφές και ξεκάθαρο ότι είναι εκτός της επιτρεπόμενης απόκλισης ως όριζε η εν λόγω προδιαγραφή και συγκεκριμένα το πλάτος της επιφάνειας κατάκλισης είναι 85cm και όχι εντός των επιτρεπόμενων από την προδιαγραφή αποκλίσεων 90 cm +- 5% , ήτοι έως 94,5 cm ή 85,5 cm-Ορθώς συνεπώς απορρίφθηκε η προσφορά της για τον συγκεκριμένο λόγο.

Προδιαγραφή 29 « από την εξέταση της προσφοράς της προσφεύγουσας αποδεικνύεται ότι η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε στο φύλλο συμμόρφωσης: «29. Το στρώμα είναι κατασκευασμένο από υλικά αρίστης ποιότητας, διαθέτει τρεις διαφορετικές ζώνες στήριξης για κεφαλή, κορμό, πέλματα, με συνδυασμούς αφρού πολυουρεθάνης και βισκοελαστικό υλικό για την καλύτερη προσαρμογή του σώματος και διανομή του βάρους του ασθενή», και παρέπεμψε στο ΒΛΕΠΕ Α/Α 52 PROSPECTUS ΣΤΡΩΜΑΤΟΣ ... ΣΕΛ.1, όπου φαίνεται ξεκάθαρα ότι το στρώμα που προσέφερε δεν διαθέτει τρεις διαφορετικές ζώνες στήριξης στην επιφάνεια του δηλαδή στην άνω επιφάνεια που έρχεται σε επαφή με τον ασθενή αλλά υπάρχουν ζώνες σε διάφορα σημεία μέσα στο στρώμα. Επιπροσθέτως, εντύπωση προκαλεί το γεγονός ότι η προσφεύγουσα εταιρεία στο φύλλο συμμόρφωσης που κατέθεσε δεν αναφέρει ότι διαθέτει στην επιφάνεια του 3 διαφορετικές ζώνες αλλά απαντά ότι διαθέτει γενικώς και δεν διευκρινίζει σκόπιμα σε ποια επιφάνεια υπάρχουν οι 3 διαφορετικές ζώνες Τέλος, στο κατατεθειμένο Α/Α 52 PROSPECTUS ΣΤΡΩΜΑΤΟΣ ..., στην παραπομπή που κάνει σε συγκεκριμένη φωτογραφία προς απόδειξη της προδιαγραφής 29 αναφέρει ότι πρόκειται για ενδεικτική φωτογραφία, γεγονός που δεν υφίσταται λόγω του ότι το prospectus του είδους που καταθέτει είναι αυτό που αποδεικνύει την πλήρωση της προδιαγραφής 29. Ορθώς συνεπώς απορρίφθηκε η προσφορά της για τον συγκεκριμένο λόγο.

προδιαγραφή 31 Πράγματι, από την εξέταση της προσφοράς της προσφεύγουσας αποδεικνύεται ... η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε στο

φύλλο συμμόρφωσης: «32. ΝΑΙ. Διαθέτει ειδική ενίσχυση ζώνης κατά μήκος στις άκρες ώστε να μη γλιστρά ο ασθενής κατά την έγερσή του» και παρέπεμψε στο ΒΛΕΠΕ Α/Α 52 PROSPECTUS ΣΤΡΩΜΑΤΟΣ ... ΣΕΛ.1, όπου φαίνεται ξεκάθαρα στην φωτογραφία που παραπέμπει για την πλήρωση της εν λόγω προδιαγραφής ότι το στρώμα που προσφέρει δεν διαθέτει ειδική ενίσχυση ζώνης κατά μήκος στις άκρες αλλά σε κάποιο σημείο μέσα στο στρώμα. Εντύπωση δε προκαλεί το γεγονός ότι παραπέμπει για την πλήρωση της προδιαγραφής 31 με βελάκι στο ίδιο σημείο της φωτογραφίας που παραπέμπει και για την πλήρωση της προδιαγραφής 29 όπου αποδεικνυε με το ίδιο βελάκι τις ζώνες στήριξης που υπάρχουν ενδιάμεσα στο στρώμα. Επιπροσθέτως το γεγονός ότι αναφέρει στο prospectus ότι η φωτογραφία είναι ενδεικτική, δεν υφίσταται λόγω του ότι το prospectus του είδους που καταθέτει είναι αυτό που αποδεικνύει την πλήρωση της προδιαγραφής 31. Ορθώς συνεπώς απορρίφθηκε η προσφορά της για τον συγκεκριμένο λόγο.

Συμπερασματικά, άπαντες οι παραπάνω ισχυρισμοί της προσφεύγουσας για την αποδοχή της προσφοράς της που προβάλλει στο δικόγραφο της προδικαστικής προσφυγής είναι απορριπτέοι βάσει ρητών διατάξεων της διακήρυξης, καθώς σύμφωνα με όσα ορίζει το άρθρο 2.4.6και ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙ - ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ-ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ - Πίνακας Ι: Πίνακας Ειδών Διακήρυξης σελ. 41: 'Τα προσφερόμενα είδη θα πρέπει να πληρούν τις Τεχνικές Προδιαγραφές, που αποτελούν αναπόσπαστο μέρος της παρούσας διακήρυξης καθορίζουν τις ελάχιστες αναγκαίες απαιτήσεις των ειδών και είναι अपαράβατες. Οποιαδήποτε μη συμμόρφωση προς αυτές συνεπάγεται απόρριψη της προσφοράς.'

15. Επειδή εφαρμοστέες είναι οι διατάξεις των άρθρων 18, 54, 54, 86, 91, 94 και 102 του ν. 4412/2016.

16. Επειδή σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης ορίζεται:

2.4.3.2 Τεχνική προσφορά Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με

το κεφάλαιο “Απαιτήσεις-Τεχνικές Προδιαγραφές” του Παραρτήματος II 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:... 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 την συμπλήρωσή της σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσης διακήρυξης,θ) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης.

ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ II – ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ-ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ Πίνακας I: Πίνακας Ειδών Διακήρυξης Τα προσφερόμενα είδη θα πρέπει να πληρούν τις Τεχνικές Προδιαγραφές, που αποτελούν αναπόσπαστο μέρος της παρούσας διακήρυξης καθορίζουν τις ελάχιστες αναγκαίες απαιτήσεις των ειδών και είναι απαραίτητες.

... 9) **ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΓΙΑ ΤΗΝ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΗΛΕΚΤΡΙΚΗΣ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΑΚΗΣ ΚΛΙΝΗΣ ΜΕ ΣΤΡΩΜΑ ΚΑΙ ΚΟΜΟΔΙΝΟ** Όλα τα προσφερόμενα να είναι σύγχρονου σχεδιασμού, κατάλληλα για νοσοκομειακή χρήση με τα παρακάτω χαρακτηριστικά. Τα τεχνικά χαρακτηριστικά που θα αναφερθούν απαραίτητα στην τεχνική περιγραφή και στο φύλλο συμμόρφωσης που θα απαντηθούν οι παρακάτω ζητούμενες προδιαγραφές, θα τεκμηριώνονται με αντίστοιχα prospectus, εγκρίσεις κλπ. στοιχεία για να αξιολογηθούν. Να προσφερθούν σύμφωνα με τα παρακάτω: Α. Χαρακτηριστικά Κλίνη νοσηλείας:

... 3. Η επιφάνεια κατάκλισης να είναι διαστάσεων 200 x 90 cm, (\pm 5%) αποτελούμενη από 4 τμήματα: πλάτης, λεκάνης, μηρών και ποδιών, κατασκευασμένα από ειδικό ανθεκτικό πλαστικό υλικό κατάλληλο για νοσοκομειακή χρήση, το οποίο δύναται να καθαριστεί και να απολυμανθεί. Τα επιμέρους τμήματα να δύνανται να αντικατασταθούν σε περίπτωση φθοράς τους.

... 28. Να μπορεί να συνδέεται σε κεντρικό σταθμό που θα είναι τοποθετημένος στο σταθμό νοσηλευτή και θα μπορεί μέσω αισθητήρων να απεικονίζει την κατάσταση της κλίνης, των κινήσεων αυτής και της κατάστασης του ασθενούς από την οθόνη του κεντρικού σταθμού. Να προσφερθεί προς επιλογή.

... B. Χαρακτηριστικά Στρώματος

29. Το στρώμα να είναι κατασκευασμένο από υλικά αρίστης ποιότητας, να διαθέτει επιφάνεια του τουλάχιστον τρεις διαφορετικές ζώνες στήριξης για κεφαλή, κορμό, πέλματα, με συνδυασμούς αφρού πολυουρεθάνης και βισκοελαστικό υλικό για την καλύτερη προσαρμογή του σώματος και διανομή του βάρους του ασθενή.

...31. Να διαθέτει ειδική ενίσχυση ζώνης κατά μήκος στις άκρες ώστε να μη γλιστρά ο ασθενής κατά την έγερσή του.

17. 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 ουσιωδών διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Περαιτέρω, εκφράσεις

όπως « πρέπει» ή «υποχρεωτικά» ή «επί ποινή αποκλεισμού» καθιστούν σαφές πέραν αμφιβολίας ότι η παράβαση του οικείου όρου που περιλαμβάνει μία από τις ως άνω εκφράσεις ή κάποια αντίστοιχη, οδηγεί άφευκτα κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής σε απόρριψη της σχετικής προσφοράς.

18. 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).

19. 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 του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C 496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C 538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

20. Επειδή, αποκλεισμός τεχνικής προσφοράς προβλέπεται στην περίπτωση απόκλισης από τους απαραίτατους όρους της διακήρυξης, ως τέτοιοι δε θεωρούνται στο σύνολό τους οι τεχνικές προδιαγραφές (Ε.Α. ΣΤΕ 1740/2004, 93,316,563/2006) 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). Περαιτέρω, οι προδιαγραφές που τίθενται ως όροι επί ποινή αποκλεισμού από τη Διακήρυξη, πρέπει να συντρέχουν κατά τον χρόνο υποβολής των προσφορών και η διάγνωση της κατά τον χρόνο εκείνο ελλείψεώς τους, συνεπάγεται δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής αξιολόγησης να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη προσφορά (ΣΤΕ 743/2000), ενώ δεν είναι δυνατό εκ των υστέρων να προσκομισθούν νέα, κρίσιμα κατά τη Διακήρυξη, στοιχεία (ΣΤΕ 436/2002), όπως και δεν είναι δυνατή η λήψη υπόψη κατά τη διαδικασία ανάθεσης, ιδιότητας/προσόντος που ενώ, όχι μόνο δεν αποδείχθηκε, αλλά και ουσιαστικά έλειπε, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, τυχόν απεκτήθη μεταγενεστέρως, καθώς έτσι θα παραβιαζόταν η αρχή της τυπικότητας του Διαγωνισμού και ασφάλειας αυτού, εκθέτοντας την κατακυρωτική κρίση σε τυχαία, μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα.

21. Επειδή, σε ουδένα σημείο της διακήρυξης δεν αναφέρεται ότι οι επίμαχες τεχνικές προδιαγραφές είναι προαιρετικές, οι οποίες, κατά τα παγίως κριθέντα από τη νομολογία, αποτελούν ενιαίο σύνολο (ε.α ΔΕΦΑΘ 230/2012). Τουναντίον, ορίζεται σαφώς και ρητώς ότι το σύνολο των σχετικώς πιθέμενων τεχνικών προδιαγραφών θα πρέπει να καλύπτεται ως αυτές καταγράφονται στην περιγραφή του είδους/ τεχνικές προδιαγραφές της εκάστοτε Ομάδας (βλ. άρθρο 2.4.3.2 της διακήρυξης και Παράρτημα ΙΙ), ενώ παράλληλα δεν επιτρέπονται οι εναλλακτικές προσφορές (βλ. άρθρο 2.4.1 της διακήρυξης). Επομένως, σύμφωνα με τους όρους της οικείας διακήρυξης που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας (βλ. σκέψη 17 της παρούσας), ευχερώς συνάγεται ότι τα εκάστοτε προσφερόμενα προϊόντα έκαστης ομάδας, απαιτείται να συγκεντρώνουν σωρευτικά τα σχετικώς απαιτούμενα τεχνικά χαρακτηριστικά, και δη επί ποινή απόρριψης της

προσφοράς (βλ. σκέψη 20 της παρούσας). Συνεπώς, προσφορά η οποία δεν πληροί τα ανωτέρω, ήτοι αποκλίνει από τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης, καθίσταται εν όλω απορριπτέα (άρθρο 2.4.6 περ.θ και Παράρτημα II) κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής (βλ. κατ' αναλογία Απόφαση ΑΕΠΠ με αρ. 643/2018, 1221/2019 κ.α). Ειδικότερα, δέσμια αρμοδιότητα υπάρχει, όταν το διοικητικό όργανο, εφόσον διαπιστώσει ότι συντρέχουν οι προβλεπόμενες από τους κανόνες δικαίου πραγματικές ή νομικές προϋποθέσεις για την εφαρμογή τους, είναι υποχρεωμένο να εκδώσει διοικητική πράξη που περιέχει ορισμένη ατομική ρύθμιση, την οποία προκαθορίζουν οι κανόνες αυτοί (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 1ος τόμος, 15η έκδοση σελ. 138). Συνεπώς, αν η δημόσια διοίκηση δεν ενεργήσει – όταν ο νόμος απαιτεί ενέργεια- παρανομεί (Α. Ι. Τάχος, Ελληνικό διοικητικό δίκαιο, 5η έκδοση, ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΣΑΚΚΟΥΛΑ, ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗ, 1996, σελ, 319).

22. Επειδή, όπως παγίως έχει κριθεί, με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή του στο διαγωνισμό, ο οικονομικός φορέας αποδέχεται πλήρως τη νομιμότητα των όρων της διακήρυξης, με βάση την οποία, αυτός διενεργείται και επομένως δεν είναι επιτρεπτή η εκ μέρους του παρεμπόδιση, εκ των υστέρων, αμφισβήτηση του κύρους των όρων της διακήρυξης, με την ευκαιρία της προσβολής, ανάλογα με την έκβαση του διαγωνισμού για τον οικονομικό φορέα, πράξεων που ανάγονται στη διεξαγωγή και τα αποτελέσματά του. Και τούτο διότι, ο δικαιούμενος συμμετοχής στο διαγωνισμό έχει το δικαίωμα να προσβάλει ευθέως με αίτηση ακυρώσεως τη διακήρυξη του διαγωνισμού και παράλληλα είτε να μετάσχει με επιφύλαξη σε αυτόν, εάν η Διοίκηση προχωρήσει στη διεξαγωγή του, αναλαμβάνοντας την ευθύνη για τις συνέπειες ενδεχόμενης ακύρωσής του, είτε να ζητήσει και την παροχή προσωρινής δικαστικής προστασίας. Η αντίθετη άποψη δεν συμβιβάζεται με την ανάγκη της ασφάλειας δικαίου, που επιβάλλεται από την προστασία όχι μόνο του δημόσιου συμφέροντος αλλά και των ιδιωτικών συμφερόντων τα οποία (συμφέροντα) εξυπηρετούνται κατά τρόπο λυσιτελέστερο με την αμφισβήτηση της νομιμότητας

της διακήρυξης πριν από τη διεξαγωγή του διαγωνισμού και όχι εκ των υστέρων και ανάλογα με την έκβασή του (ΣΤΕ 5690/1996, 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ.). Επομένως, λόγοι που αφορούν τους όρους της διακήρυξης του διαγωνισμού προβάλλονται ανεπικαίρως, ήτοι απαραδέκτως, κατόπιν λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφορών (βλ. ΣΤΕ 2770/2013, 5690/1996, 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ., 1415/2000 Ολομ., 3602/2005 εππαμ., 702/2008, 1794/2008, 1667/2011 Ολομ., 3952/2011, 2137/2012, πρβλ. και ΔΕΚ, απόφαση της 12.2.2002, Universale-Bau AG, C-470/99, σκέψεις 65 έως 79, καθώς και απόφαση της 27.2.2003, Santex SpA, C-327/00, σκέψεις 32 έως 66) και τούτο διότι στις δημόσιες συμβάσεις ισχύει ο κανόνας της, κατά στάδια, προβολής των λόγων, ήτοι λόγοι που αφορούν σε προγενέστερο στάδιο δεν μπορούν να προβληθούν σε μεταγενέστερο, αλλά θα πρέπει να προβάλλονται επικαίρως (ΕΑ ΣΤΕ 207/2002, 295/2003, 602/2003, 884/2003, 69/2005, 1032/2005, 245/2011 κ.ά.). Η αρχή αυτή, της επίκαιρης και αυτοτελούς προσβολής των βλαπτικών πράξεων όλων των οργάνων του διαγωνισμού εντάσσεται στους αρνητικούς όρους του εννόμου συμφέροντος, αποκλείοντας τον παρεμπύπτοντα έλεγχο της νομιμότητας των λόγων αυτών με την ευκαιρία της προσβολής των μεταγενέστερων πράξεων ή παραλείψεων της διαγωνιστικής διαδικασίας με την προδικαστική προσφυγή (ΕΑ ΣΤΕ 305/2011, 65/2012).

23. Επειδή τυχόν ασάφειες ή πλημμέλειες των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζομένων, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών και θα πρέπει να παρέχεται και σε αυτούς, οι οποίοι βλάπτονται από την ασάφεια ή την πλημμέλεια αυτή, η δυνατότητα να συμπληρώσουν την τυχόν ελαττωματική προσφορά τους (ΕΑ ΣΤΕ 423/2011, 424/2011, 425/2011). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται σε βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ 1959/1970, Αρμ. 1970, σελ. 1111, Εφ.Θεσ. 501/87, ΕΔημ.Εργ. 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, έκδοση θ', Σάκκουλας, σε λ. 776). Ωστόσο, καθίσταται σαφές ότι η πλημμέλεια

που αναφέρεται ανωτέρω, θα πρέπει να δημιουργεί αντικειμενικώς αμφισημία σε συγκεκριμένο όρο ή προδιαγραφή άλλως θα πρέπει να είναι ικανή να δημιουργήσει στον επαρκώς ενημερωμένο υποψήφιο δικαιολογημένη αμφιβολία ως προς την ορθή διαμόρφωση της προσφοράς του, κατά τρόπο που να καθίσταται επιβεβλημένη η επίκληση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και η συνεπεία αυτής υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να καλέσει τον υποψήφιο ανάδοχο δυνάμει του άρθρου 102 παρ. 5 για διευκρίνιση ή συμπλήρωση της προσφοράς του.

24. Επειδή, 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., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Αριθμός απόφασης: 1256/2020 75 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) οπότε οιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση ασάφειας και όχι 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 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). Επομένως, κατά την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας που διαθέτει όσον αφορά τη δυνατότητα να ζητήσει από τους υποψήφιους να διευκρινίσουν την προσφορά τους, η αναθέτουσα αρχή πρέπει να μεταχειριστεί τους υποψήφιους με ισότιμο και ειλικρινή τρόπο, έτσι ώστε μια αίτηση διευκρίνισης να μη δύναται, κατά το πέρας της διαδικασίας επιλογής των προσφορών και λαμβανομένου υπόψη του αποτελέσματός της, να έχει περιαγάγει αδικαιολόγητα σε ευμενή ή δυσμενή θέση τον υποψήφιο ή τους υποψήφιους που αποτέλεσαν το αντικείμενο της αίτησης αυτής (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191,

σκέψη 41, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 37). Ωστόσο, 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). Περαιτέρω, η προσέγγιση της προβληματικής της δυνατότητας διόρθωσης, συμπλήρωσης, διευκρίνισης, κλπ. των Προσφορών, διέπεται από μια περιπτώσιολογική νομολογία του ΔΕΕ, η οποία χαρακτηρίζεται από την προσπάθεια του τελευταίου να ισορροπήσει ανάμεσα στην τήρηση των θεμελιωδών αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, από τη μια μεριά, και της σκοπιμότητας να δοθεί στις αναθέτουσες αρχές η δυνατότητα να πετύχουν, τη βέλτιστη λύση για την ικανοποίηση των δημοσίων αναγκών σε αγαθά και υπηρεσίες, από την άλλη. Σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, παρέχεται στην αναθέτουσα αρχή διακριτική ευχέρεια να ζητήσει διευκρινίσεις και συμπληρώσεις, μόνο για ασάφεια δικαιολογητικών και εγγράφων και για επουσιώδη σφάλματα, ιδίως για όλως τυπικής φύσης, γραφικά, λεκτικά, φραστικά σφάλματα, ως προς τη σήμανση και τη συσκευασία του φακέλου και των εγγράφων της Προσφοράς, τα νομιμοποιητικά στοιχεία, τη σήμανση αντιγράφων, μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων, τη διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της Προσφοράς από τα υποδείγματα κλπ. Η δε ως άνω διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής ελέγχεται, τόσο ως προς την άσκησή της (τυχόν υπέρβαση των άκρων ορίων που την προσδιορίζουν), όσο και ως προς την παράλειψη άσκησής της, βάσει των κανόνων του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016. Ο δε διαχωρισμός μεταξύ ουσιώδους και επουσιώδους έλλειψης, ως και μεταξύ τυπικού και ουσιώδους σφάλματος, θα πρέπει να ερμηνεύεται υπό το πρίσμα του άρθρου 102 παρ. 3 και του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016 και των αρχών που αυτά καθιερώνουν, το πρώτο, στην ειδική περίπτωση της συμπλήρωσης και το δεύτερο, γενικά επί των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, αμφότερων ερμηνευομένων

στο πλαίσιο της αρχής του αποτελεσματικού ανταγωνισμού. Είναι δε επιτρεπτή η συμπλήρωση και η διόρθωση, όταν από την ίδια τη φύση του σφάλματος προκύπτει ότι αυτό είναι έλασσον και ευχερές, κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας και λογικής, να λάβει χώρα κατά τη σύνταξη της Προσφοράς, ενώ η συμπλήρωση αυτή δεν πρέπει να είναι τέτοιας έκτασης, ώστε να προσδίδει πλεονέκτημα στον υπέρ ου οικονομικό φορέα, έναντι των ανταγωνιστών του, εισάγοντας ευμενή υπέρ αυτού διάκριση, να επιτρέπει την κατάθεση νέας προσφοράς, την υποβολή εναλλακτικών προσφορών κλπ. Ως εκ τούτου, η δυνατότητα διευκρινίσεων ή συμπληρώσεων δεν ερμηνεύεται υπό την έννοια η αναθέτουσα αρχή δύναται να δέχεται εν γένει διορθώσεις παραλείψεων, οι οποίες, κατά τη ρητή πρόβλεψη εγγράφων της σύμβασης, επάγονται τον αποκλεισμό του υποψηφίου (Βλ ΔΕΕ C-131/16 sk.24 -39 και την εκεί παρατιθέμενη νομολογία και μεταξύ πολλών υπ' αριθμ. 1132_1133 Απόφαση 7ου Κλιμακίου Α.Ε.Π.Π, σκέψη 34).

25. Επειδή, όπως έχει κριθεί, η προσβαλλόμενη πράξη ακυρώνεται μόνον εάν η ακύρωσή της είναι λυσιτελής για τον αιτούντα, εάν δηλαδή θεραπεύει, τουλάχιστον για τον εφεξής χρόνο, την βλάβη που προκαλεί στα έννομα συμφέροντά του η πράξη (ΣΤΕ 2068/2008, 4022/2006). Ως αλυσιτελής, επομένως, κατ' αναλογία, θεωρείται η προβολή συγκεκριμένου λόγου, η οποία ακόμη και αν γίνει δεκτός δεν πρόκειται να οδηγήσει σε δικαίωση και ικανοποίηση του αιτούντος και επομένως δεν θα έχει καμία ωφέλεια από την αξιολόγηση και αποδοχή του.

26. Επειδή ο προσφεύγων με τον 1^ο λόγο της προσφυγής ισχυρίζεται ότι μη νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά του λόγω μη πλήρωσης των προδιαγραφών 28, 3,29 και 31 του επίμαχου είδους με αρ. 9 Κλίνη νοσηλείας. Ειδικότερα, ισχυρίζεται ότι, ως προς την προδιαγραφή 28 η αναθέτουσα Αρχή έσφαλε κατά το μέρους που αποφάσισε την απόρριψη της τεχνικής προσφοράς του χωρίς μάλιστα να τον καλέσει προηγουμένως προς παροχή σχετικών διευκρινίσεων, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 102 του Ν. 4412/2016, δοθέντος ότι δύναται να παραμετροποιηθεί το σύστημα, ως προς την

προδιαγραφή 3 ισχυρίζεται ότι η σχετική απόκλιση δεν μπορεί να στοιχειοθετήσει λόγο αποκλεισμού, εχώρησε λόγο λανθασμένης στρογγυλοποίησης προς τα κάτω, και ότι πρόκειται για απολύτως επουσιώδη διαφοροποίηση, μέσα στο περιθώριο της διακύμανσης της διάστασης αυτής, η οποία εύκολα παραμετροποιείται ανάλογα με τις εκάστοτε ανάγκες της αναθέτουσας Αρχής, ως προς την προδιαγραφή 29 ισχυρίζεται ότι καθίσταται πρόδηλο ότι συμμορφώνεται απολύτως προς την θεσπισθείσα τεχνική προδιαγραφή της διακήρυξης και ως προς την προδιαγραφή 31 ισχυρίζεται ότι ουδόλως προκύπτει πως η ζητούμενη ζώνη ενίσχυσης πρέπει να βρίσκεται στην άνω επιφάνεια του στρώματος νοσηλείας και όχι κατά μήκος του. Τούτου δοθέντος, ενόψει του ότι το προσφερόμενο εκ μέρους μας στρώμα διαθέτει εσωτερικά την κατά τα ανωτέρω αναφερόμενη ζώνη ενίσχυσης παρέχοντας εν τέλει το ίδιο αποτέλεσμα (βλ. σκ. 12 της παρούσας).

Η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι νομίμως αποκλείσθηκε η προσφορά του προσφεύγοντος ως μη πληρούσα τους όρους της διακήρυξης και προβάλλει ισχυρισμό περί έλλειψης εννόμου συμφέροντος εκ μέρους του, μεταξύ άλλων και προκειμένου να αμφισβητήσει νομίμως τον αποκλεισμό του για τις προδιαγραφές 28,3 και 29 (βλ. σκ. 13 της παρούσας). Ειδικότερα, ως προς την **προδιαγραφή με αρ. 28** ισχυρίζεται ότι **δεν αναφέρεται πουθενά, σε κανένα prospectus που παραπέμπει η προσφέρουσα εταιρία, ότι το προσφερόμενο προς επιλογή σύστημα "... " απεικονίζει την κατάσταση της κλίνης και των κινήσεων αυτής**, πράγμα πλήρως απαραίτητο και απαιτητό σε μία ...κλινική καθώς λόγω σοβαρότητας των χειρουργημένων περιστατικών που νοσηλεύει, απαιτείται να απεικονίζονται οι κινήσεις. Ως προς την προδιαγραφή 3 ισχυρίζεται ότι σύμφωνα με την παραπομπή του στο οικείο τεχνικό φυλλάδιο οι διαστάσεις της επιφάνειας κατάκλισης είναι 200 x 85. Σύμφωνα με την ζητούμενη προδιαγραφή οι διαστάσεις της επιφάνειας κατάκλισης θα πρέπει να είναι από 190 έως 210 και από 85,5 έως 94,5 και ισχυρίζεται ότι η Επιτροπή σύνταξης των προδιαγραφών έθεσε τις επιθυμητές διαστάσεις και για λόγους ανάπτυξης ανταγωνισμού έθεσε και εύρος απόκλισης

συγκεκριμένο ήτοι εκτός του απαιτούμενου εύρους Συνεπώς και εφόσον ορίζεται σαφέστατα το επιθυμητό εύρος της απόκλισης από την ζητούμενη διάσταση ($\pm 5\%$) οποιαδήποτε απόκλιση από αυτό, συνιστά μη πλήρωση των ζητούμενων τεχνικών προδιαγραφών. Ως προς την προδιαγραφή 29 ισχυρίζεται ότι ο προσφεύγων πουθενά δεν αναφέρει ούτε στο φύλλο συμμόρφωσης ότι οι ζώνες στήριξης είναι στην επιφάνεια, πράγμα που ζητείται σαφέστατα στην απαίτηση της τεχνικής προδιαγραφής, στη δε παραπομπή προς απόδειξη της πλήρωσης των ζητούμενων «ΒΛΕΠΕ Α/Α 52 PROSPECTUS ΣΤΡΩΜΑΤΟΣ ... ΣΕΛ.1» φαίνεται στη φωτογραφία ότι δεν περιέχονται στην επιφάνεια του στρώματος παρά υπάρχουν σε διάφορα σημεία μέσα στο στρώμα. Για την προδιαγραφή 31, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι η παραπομπή με βελάκι στην ενδεικτική φωτογραφία του προσπέκτους του στρώματος δείχνει σημείο εσωτερικά, όπως ομολογεί ο προσφεύγων και όχι στις άκρες του ήτοι στην επιφάνεια, με βάση το σκοπό της προδιαγραφής που συνίσταται στο να μην γλιστρά ο ασθενής κατά την έγερσή του. Επίσης η αναφορά στο prospectus ότι η φωτογραφία είναι ενδεικτική που παραπέμπει η προσφέρουσα, δεν ισχύει σε αυτή την περίπτωση, εφόσον η εταιρία κάνει παραπομπή προς απόδειξη στην συγκεκριμένη φωτογραφία, που δεν διαθέτει ειδική ενίσχυση ζώνης κατά μήκος στις άκρες του στρώματος

Ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται ότι νομίμως αποκλείσθηκε η προσφορά του προσφεύγοντος. Ως προς την προδιαγραφή 28 ισχυρίζεται ότι απεικονίζει μόνο την κατάσταση του ασθενούς και συγκεκριμένα τον καρδιακό και αναπνευστικό ρυθμό, την κίνηση του ασθενούς σε περίπτωση που επιχειρήσει την έξοδο του από την κλίνη λόγω της αλλαγής της πίεσης του στρώματος και ειδοποιεί το προσωπικό για το πότε πρέπει ο ασθενής να αλλάζει θέση στο στρώμα για την προστασία του από κατακλίσεις και όχι την κατάσταση της κλίνης και των κινήσεων αυτής, δηλαδή σημαντικές παραμέτρους της κατάστασης της κλίνης και των κινήσεων αυτής, ως προς την προδιαγραφή 3 ισχυρίζεται ότι είναι σαφές και ξεκάθαρο ότι είναι εκτός της επιτρεπόμενης απόκλισης ως όριζε η εν λόγω προδιαγραφή και συγκεκριμένα το πλάτος της επιφάνειας κατάκλισης

είναι 85cm και όχι εντός των επιτρεπόμενων από την προδιαγραφή αποκλίσεων 90 cm \pm 5% , ήτοι έως 94,5 cm ή 85,5 cm, ως προς την προδιαγραφή 29, ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται ότι φαίνεται ξεκάθαρα ότι το στρώμα που προσέφερε δεν διαθέτει τρεις διαφορετικές ζώνες στήριξης στην επιφάνεια του δηλαδή στην άνω επιφάνεια που έρχεται σε επαφή με τον ασθενή αλλά υπάρχουν ζώνες σε διάφορα σημεία μέσα στο στρώμα, ως προς την προδιαγραφή 31 ότι φαίνεται ξεκάθαρα στην φωτογραφία που παραπέμπει ο προσφεύγων για την πλήρωση της εν λόγω προδιαγραφής ότι το στρώμα που προσφέρει δεν διαθέτει ειδική ενίσχυση ζώνης κατά μήκος στις άκρες αλλά σε κάποιο σημείο μέσα στο στρώμα.

27. Επειδή σύμφωνα με την επίμαχη Διακήρυξη, στο Παράρτημα II Αναλυτική Περιγραφή-Τεχνικές Προδιαγραφές, η προδιαγραφή 3 ορίζει «3. Η επιφάνεια κατάκλισης να είναι διαστάσεων 200 x 90 cm, (\pm 5%)». Δηλαδή, οι αποδεκτές τιμές κείνται στο εύρος 94,5 cm -85,5 cm. Σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου ο προσφεύγων για την κάλυψη της εν λόγω προδιαγραφής παρέμπεψε στο αρχείο της προσφοράς του με αρ. 51. PROSPECTUS ... σελ. 2-3 (βλ. αρχείο της προσφοράς του με αρ. 55 ΦΥΛΛΟ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ). Εν προκειμένω στη σελ.2 του PROSPECTUS της προσφερόμενης κλίνης αναγράφεται ως τιμή επιφάνειας κατάκλισης 2000-850 mm ομοίως στη σελίδα 3 αναγράφεται ότι η επιφάνεια κατάκλισης είναι 200x85cm. Επομένως, σε συνέχεια των αναγραφόμενων στη σκ. 20-22 της παρούσας κρίνονται απορριπτέοι οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος στο σύνολο τους, και γίνονται δεκτοί οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και του παρεμβαίνοντος και τούτο διότι, στη διακήρυξη τέθηκαν σαφώς και ρητά επί ποινή απόρριψης της προσφοράς οι επιθυμητές διαστάσεις και μάλιστα για λόγους ανάπτυξης ανταγωνισμού τέθηκε και εύρος απόκλισης συγκεκριμένο, ωστόσο το προσφερόμενο προϊόν πρέπει να κείται εντός του απαιτούμενου επιτρεπόμενου σαφώς προσδιοριζόμενου ανώτατου και κατώτατου εύρους. Αλυσιτελώς δε ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι, επέλεξε το κατώτατο όρια για λόγους εύκολης μετακίνησης των κλινών. Παράλληλα, δεν προκύπτει, ούτε ο προσφεύγων

άλλωστε ισχυρίζεται ότι διατύπωσε επιφύλαξη σε σχέση με τον οικείο όρο και απαραδέκτως, στο παρόν στάδιο της διαδικασίας, αναφέρεται σε επουσιώδη απόκλιση, παρά τους σαφέστατους όρους της διακήρυξης. Ούτε βέβαια δύνανται να γίνουν δεκτοί οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος περί στρογγυλοποίησης του οποίους αορίστως επικαλείται, εξάλλου κατά τους κανόνες της επιστήμης «αν το ψηφίο που βρίσκεται στα δεξιά από εκείνο στο οποίο θέλουμε να γίνει η στρογγυλοποίηση είναι 0, 1, 2, 3 ή 4, τότε απλώς το αντικαθιστούμε, όπως και όλα τα επόμενα προς τα δεξιά, με μηδενικά. Αν το ψηφίο που βρίσκεται στα δεξιά είναι 5, 6, 7, 8 ή 9, τότε αυξάνουμε το ψηφίο στο οποίο θέλουμε να στρογγυλοποιήσουμε κατά μία μονάδα και μετά αντικαθιστούμε τα ψηφία στα δεξιά του με μηδενικά», ήτοι αν όντως είχε στρογγυλοποιήσει τότε η επιφάνεια κατάκλισης θα ανέρχεται σε 86cm. Συνεπώς, προσφορά η οποία δεν πληροί τα ανωτέρω, ήτοι αποκλίνει από τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης, καθίσταται απορριπτή (άρθρο 2.4.6 περ.θ και Παράρτημα II 1^η παρ.) κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής, ως ακριβώς και ορθά έπραξε η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη.

Αναφορικά με την προδιαγραφή 28, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης απαιτείται η κλίνη *«Να μπορεί να συνδέεται σε κεντρικό σταθμό που θα είναι τοποθετημένος στο σταθμό νοσηλευτή και θα μπορεί μέσω αισθητήρων να απεικονίζει την κατάσταση της κλίνης, των κινήσεων αυτής και της κατάστασης του ασθενούς από την οθόνη του κεντρικού σταθμού. Να προσφερθεί προς επιλογή»*. Επομένως, προβλέπεται σαφώς ότι η κατάσταση της κλίνης και οι κινήσεις της περιλαμβάνονται στα στοιχεία της απεικόνισης και θα πρέπει να προσφερθούν προς επιλογή. Περαιτέρω, αναφορικά με την κατάσταση της κλίνης και τις κινήσεις της, όπως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων, η ανωτέρω προδιαγραφή της διακήρυξης είναι διατυπωμένη κατά τρόπο που δεν περιγράφει συγκεκριμένες κινήσεις της κλίνης ή συγκεκριμένες πληροφορίες που αφορούν στην κατάστασή της, απορριπτόμενων ως αβάσιμων των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος, η δε προσφερόμενη εκ του

προσφεύγοντος κλίνη όσον αφορά την προϋπόθεση απεικόνισης της κατάστασής της, μπορεί να συνίσταται, λόγω μη συγκεκριμένου προσδιορισμού, στο εάν ο ασθενής βρίσκεται στην κλίνη ή όχι, (alerts for motion and turn protocols, bed exit notification βλ. Φυλλάδιο ν. 54) προϋπόθεση η οποία πληρούται. Όσον αφορά τις κινήσεις της κλίνης δεν προκύπτει εάν υφίσταται σχετική απεικόνιση, ο δε προσφεύγων ισχυρίζεται ότι απεικονίζεται η αναδίπλωση του πλευρικού προστατευτικού κάγκελου με σκοπό την πιθανή έξοδο του ασθενούς, ωστόσο η εν λόγω ένδειξη μπορεί να συναρτάται με την ειδοποίηση εξόδου του ασθενούς (bed exit notification) που ενεργοποιείται κατόπιν κίνησης/αναδίπλωσης του πλευρικού προστατευτικού κάγκελου και όχι μόνο με τον αισθητήρα του στρώματος (contact free sensor). Επομένως, σε συνέχεια των ανωτέρω δοθέντος ότι στη διακήρυξη δεν υφίσταται συγκεκριμένη απαίτηση σχετικά με το ποιες κινήσεις της κλίνης απαιτούνταν αλλά και το γεγονός ότι δεν προκύπτει, μετά πάσης βεβαιότητας, ότι απεικονίζεται η αναδίπλωση του πλευρικού προστατευτικού, ήτοι ότι πληρούται η απαίτηση σε συνδυασμό με την γενική περιγραφή της, η αναθέτουσα Αρχή όφειλε να τον καλέσει προς παροχή σχετικών διευκρινίσεων, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 102 παρ. 5 του Ν. 4412/2016, όπως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων, απορριπτόμενων των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και του παρεμβαίνοντος.

Αναφορικά με την προδιαγραφή 31, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης, το στρώμα απαιτείται *«να διαθέτει ειδική ενίσχυση ζώνης κατά μήκος στις άκρες ώστε να μη γλιστρά ο ασθενής κατά την έγερσή του»*. Ο προσφεύγων παραπέμπει στο ΦΥΛΛΟ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ στο με Α/Α 52 PROSPECTUS ΣΤΡΩΜΑΤΟΣ ... ΣΕΛ.1 ΤΕΧ. Εν προκειμένω, η παραπομπή με βελάκι στην ενδεικτική φωτογραφία του προσπέκτους του στρώματος δείχνει σημείο εσωτερικά, όπως άλλωστε ομολογεί και ο προσφεύγων, και όχι στις άκρες του. Αορίστως δε ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι διαθέτει ειδική ενίσχυση ζώνης κατά μήκος στις άκρες του στρώματος παρέχοντας εν τέλει το ίδιο αποτέλεσμα και τούτο διότι ουδόλως το απέδειξε με την προσφορά του ως

όφειλε, η δε αναφορά στο prospectus ότι η φωτογραφία είναι ενδεικτική ουδόλως απαλλάσσει αυτόν από την απόδειξη στο σταθερό σημείο υποβολής της προσφοράς του ότι πληρούνται οι όροι της διακήρυξης, ουδόλως, δε, απέδειξε εάν πληρούνται ο σαφώς τεθείς σκοπός της προδιαγραφής που συνίσταται στο να μην γλιστρά ο ασθενής κατά την έγερσή του, εξάλλου ουδεμία ασάφεια ισχυρίζεται ότι υφίστατο, εν προκειμένω, στους όρους της διακήρυξης. Επομένως, οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος κρίνονται απορριπτέοι και γίνονται δεκτοί οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και του παρεμβαίνοντος και τούτο διότι δεν αποδείχθηκε η πλήρωση της εν λόγω απαίτησης ως περιγράφεται σαφώς στη διακήρυξη (βλ. σκ. 20 της παρούσας).

Αναφορικά με την προδιαγραφή 29 η προδιαγραφή απαιτεί *«Το στρώμα να είναι κατασκευασμένο από υλικά αρίστης ποιότητας, να διαθέτει επιφάνεια του τουλάχιστον τρεις διαφορετικές ζώνες στήριξης για κεφαλή, κορμό, πέλματα, με συνδυασμούς αφρού πολυουρεθάνης και βισκοελαστικό υλικό για την καλύτερη προσαρμογή του σώματος και διανομή του βάρους του ασθενή»*. Ο προσφεύγων στο ΦΥΛΛΟ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ παραπέμπει στο με Α/Α 52 PROSPECTUS ΣΤΡΩΜΑΤΟΣ ... ΣΕΛ.1, στο οποίο ουδέν αναφέρει για το που διατίθενται οι 3 διαφορετικές ζώνες στήριξης, ομοίως στο ΦΣ αναφέρει αυτολεξεί ως προς την πλήρωση της οικείας προδιαγραφής. *«Το στρώμα είναι κατασκευασμένο από υλικά αρίστης ποιότητας, διαθέτει τρεις διαφορετικές ζώνες στήριξης για κεφαλή, κορμό, πέλματα, με συνδυασμούς αφρού πολυουρεθάνης και βισκοελαστικό υλικό για την καλύτερη προσαρμογή του σώματος και διανομή του βάρους του ασθενή»*. Επομένως, σε συνέχεια των ανωτέρω προκύπτει ότι δεν πληρούνται η οικεία επί ποινή αποκλεισμού απαίτηση ούτε και ο ίδιος ο προσφεύγων δηλώνει ότι τις διαθέτει στην επιφάνεια του στρώματος (άνω ή κάτω), όπως δε βασίμως ισχυρίζεται ο παρεμβαίνων και προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, ο προσφεύγων στην προσφυγή του αποδέχεται ότι δεν διαθέτει στην επιφάνεια του εκ μέρους του προσφερόμενου στρώματος 3 διαφορετικές στρώσεις στήριξης, παρά μόνο εν τοις πράγμασι απαραδέκτως βάλλει κατά της οικείας προδιαγραφής, την οποία σαφώς και κατανόησε εξου

και προσάρμοσε την απάντηση του στο οικείο Φύλλο Συμμόρφωσης. Επομένως, οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος κρίνονται απορριπτέοι και γίνονται δεκτοί οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και του παρεμβαίνοντος.

Συνεπώς, σε συνέχεια των ανωτέρω, ορθώς η αναθέτουσα αρχή προέβη στην απόρριψη της προσφοράς του για ένα έκαστο εκ των ανωτέρω αναφερόμενων λόγων λόγω μη πλήρωσης των προδιαγραφών 3,29 και 31, όπου σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης ακόμη και η περίπτωση μη πλήρωσης μίας έκαστης εξ αυτών, επάγεται απόρριψη της προσφοράς κατά τους σαφείς όρους της διακήρυξης (βλ. σκ. 21 της παρούσας)

28. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της προδικαστικής προσφυγής ο προσφεύγων προβάλλει μια σειρά αιτιάσεων σχετικά με την νομιμότητα και πληρότητα της τεχνικής προσφοράς του παρεμβαίνοντος σχετικά με την μη πλήρωση των προδιαγραφών με αρ. 10,12-13,16,28,37 και 9. Ωστόσο, οι επικαλούμενες πλημμέλειες της προσφοράς του παρεμβαίνοντος αφορούν σε διαφορετικούς όρους της διακήρυξης από τους όρους που οδήγησαν στην απόρριψη της προσφοράς του. Δεν υφίσταται, επομένως, διαφορετική αξιολόγηση προσφορών με την ίδια πλημμέλεια, κατά παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και ως εκ τούτου, δεν χωρεί νομίμως εφαρμογή του ενιαίου μέτρου κρίσης. Συνιστά, δε, έτερο ζήτημα η διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, βάσει της αρχής της νομιμότητας, να ανακαλέσει -εφόσον κρίνει ότι συντρέχουν οι προϋποθέσεις- τυχόν παράνομη ατομική διοικητική πράξη (βλ. ΣτΕ 4026/2008).

Αναφορικά, με την επιδίωξη ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας, σε ένα σχετικά πρώιμο στάδιο (αξιολόγηση τεχνικών προσφορών), με σκοπό την εκκίνηση νέας ταυτόσημης διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης, με στόχευση την ανάληψη της εν λόγω προμήθειας, το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ενώσεως (ΔΕΕ), ερμηνεύοντας τις ισχύουσες ρυθμίσεις της Οδηγίας 89/665 [με τις αποφάσεις του της

2.7.2013 και 5.4.2016 αντιστοίχως, επί των υποθέσεων C-100/12 «Fastweb SpA» και C-689/13 «Puligienica Facility Esco SpA» (PFE)], ταυτόσημες με τις εν προκειμένω εφαρμοστέες της ειδικής Οδηγίας 92/12 (L 76), αλλά και αυτές τούτες τις ρυθμίσεις της Οδηγίας 92/12 [απόφασή του της 11.5.2017, επί της υποθέσεως C-131/16, «Archus sp.z. o.o και Gama Jacek Lipik»], έκρινε ρητώς ότι το έννομο συμφέρον «ενδιαφερομένου» [άρθρο 2α παρ. 2 εδ. γ'] είναι δυνατόν να συνίσταται και στη ματαίωση της διαδικασίας, ώστε να κινηθεί νέα διαδικασία συνάψεως συμβάσεως (βλ. και ΕΑ ΣτΕ 22/2018}. Στην πλέον δε πρόσφατη νομολογία (ΕΑ ΣτΕ 180/19) διακρίνεται τάση περιστολής του έννομου συμφέροντος (σε σύγκριση με τις ΕΑ ΣτΕ 22/18 και 30/19), η οποία ίσως συνδέεται με τον ορατό κίνδυνο εκθετικής αύξησης των δικαστικών αντιδικιών και εκτροπής της διαγωνιστικής διαδικασίας στην «ηθική της με κάθε μέσο και στρεψοδικία εξόντωσης κάθε ανταγωνιστή και εν τέλει και του ίδιου του διαγωνισμού, ώστε να προκηρυχθεί ο επαναληπτικός». Περαιτέρω, και η μειοψηφία της ΕΑ ΣτΕ 235/2019, δυνάμει της οποίας απεστάλη προδικαστικό ερώτημα στο ΔΕΕ, αναφέρει ότι «Η αναγνώριση εννόμου συμφέροντος του αποκλεισθέντος σε στάδιο προγενέστερο της αναθέσεως διαγωνιζομένου να επιδιώξει τον αποκλεισμό των προσφορών των λοιπών διαγωνιζομένων και τη ματαίωση του διαγωνισμού, επί τω τέλει επαναπροκήρυξης, θα έβαινε πέραν του προστατευτικού σκοπού της δικονομικής οδηγίας 92/13/ΕΟΚ και θα ερχόταν σε αντίθεση με τον δημοσίου ενδιαφέροντος σκοπό της εντός ευλόγου χρόνου ολοκλήρωσεως των διαγωνισμών για την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, με αποτέλεσμα να ανατρέπεται η δίκαιη ισορροπία μεταξύ της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας και της πρακτικής αποτελεσματικότητας της Οδηγίας. Επομένως, δεδομένου ότι ο επίδικος διαγωνισμός δεν βρίσκεται ακόμη στο τελικό στάδιο ανάθεσης της σύμβασης, διότι, πάντως, υπολείπεται το στάδιο ανοίγματος της οικονομικής προσφοράς του παρεμβαίνοντος (όπου ενδέχεται να εντοπισθούν πλημμέλειες), δεν τίθεται ζήτημα ενδεχόμενης ματαίωσης του διαγωνισμού, συναπτόμενο, μάλιστα, με την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος

του προσφεύγοντος να επιδιώξει συγχρόνως, αμυντικώς μεν την αποδοχή της αποκλεισθείσας προσφοράς της στο στάδιο αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών, επιθετικώς δε τον αποκλεισμό της προσφοράς (στο ίδιο στάδιο διεξαγωγής της διαδικασίας) του παρεμβαίνοντος, επιτυγχάνοντας τη ματαίωση ήδη από το παρόν (μη τελικό) στάδιο του διαγωνισμού. Επομένως, στερείται, εννόμου συμφέροντος ο προσφεύγων να στραφεί κατά της προσφοράς του παρεμβαίνοντος. Σε κάθε περίπτωση, στο παρόν στάδιο αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών, έννομο συμφέρον προς ματαίωση του διαγωνισμού από συμμετέχοντα θα μπορούσε να νοηθεί μόνο υπό την έννοια της επιδίωξης επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού με τους αυτούς ακριβώς όρους, επί τω τέλει ανάδειξης αυτού ως αναδόχου (βλ. και ΑΕΠΠ 242/2019). Ως προκύπτει, ωστόσο, από την πορεία του εν θέματι διαγωνισμού, ήτοι την προσβαλλόμενη πράξη, την υπό εξέταση προσφυγή και δη τις παραδοχές του προσφεύγοντος σε αυτή, σε συνδυασμό με το περιεχόμενο της προσφοράς του και τους με την υπό κρίση προσφυγή προβαλλόμενους ισχυρισμούς, αλυσιτελώς προβάλλονται λόγοι κατά της συμμετοχής του παρεμβαίνοντος, εφόσον, δυνάμει της οικείας προσφοράς, άλλως του προϊόντος που δύναται -κατά την εκτίμηση των ως άνω- να προσφέρει ο προσφεύγων βάσει των οικείων όρων της διακήρυξης, δεν είναι δυνατή η ανάθεση της εν θέματι σύμβασης, ως έχει, σε αυτόν [...] (βλ. ad hoc ΕΑ ΣΤΕ 40/2020).

29. Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση.

30. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

31. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 Ν.4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός απόφασης: 1716/2020

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση

Διατάσσει την κατάπτωση του παραβόλου

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 24.12.2020 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Χρυσάνθη Γ. ΖΑΡΑΡΗ

Ελένη Α. ΛΕΠΙΔΑ