

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**6<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στις 16 Φεβρουαρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αψοκάρδου Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Κωνσταντίνος Κορομπέλης (δυνάμει της υπ' αριθμ. 20/2021 Πράξης αναπλήρωσης του Προέδρου της ΑΕΠΠ) Μέλη.

Για να εξετάσει την από 7.01.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 57/8.01.2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...» (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της με αριθμ. πρωτ. 15707/30.12.2020 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου που ελήφθη κατά την 530<sup>η</sup> συνεδρίαση περί έγκρισης του με αριθμ. πρωτ. 5899/30.12.2020 Πρακτικού της Επιτροπής Αξιολόγησης αναφορικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών και ανακήρυξης προσωρινών αναδόχων (εφεξής η «προσβαλλόμενη») και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «παρεμβαίνων»), που εδρεύει ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκέλος που απορρίπτεται η προσφορά του για το είδος με α/α 8, γίνεται δεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος και ανακηρύσσεται προσωρινός ανάδοχος.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα  
Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο 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, ποσού 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 4.01.2021 πληρωμή στην ... και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης). Επισημαίνεται ότι ούτε από την Πρόσκληση, ούτε από τα μνημονευόμενα σε αυτή έγγραφα προκύπτει το προϋπολογιζόμενο ποσό του υπό προμήθεια είδους με α/α 8 για το οποίο ασκείται η προσφυγή (Υπερηχογράφος). Συνεπώς νόμιμα και παραδεκτά έχει καταβληθεί το ελάχιστο ποσό παραβόλου, ως προβλέπεται στο άρθ. 363 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016 και στο άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του ΠΔ 39/2017, όπου ορίζεται ότι: « 1.[...] Αν από τα έγγραφα της σύμβασης δεν προκύπτει η προϋπολογισθείσα αξία της, για το παραδεκτό της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής, κατατίθεται παράβολο ύψους εξακοσίων (600) ευρώ».

2. Επειδή με τη με αριθμ. πρωτ. 15648/15.12.2020 πρόσκληση η αναθέτουσα αρχή κάλεσε τους οικονομικούς φορείς να υποβάλλουν προσφορά για την επείγουσα προμήθεια λοιπού ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού ΜΕΘ των νέων κλινών του Ιδρύματος ... για την αντιμετώπιση των συνεπειών της διασποράς του κορωνοϊού COVID-19, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Ο διαγωνισμός υποδιαιρείται σε 23 είδη, οι δε προσφορές μπορούν να υποβληθούν για ένα ή περισσότερα είδη καθώς και για μέρος της ζητούμενης ποσότητας έκαστου είδους.

3. Επειδή με το άρθρο 22 του ν. 2737/1999 το ..., που ιδρύθηκε με το άρθρο 7 παρ. 1 του ν. 1965/1991 και λειτουργεί ως νομικό πρόσωπο

ιδιωτικού δικαίου, μετατράπηκε σε ανώνυμη εταιρία, το μετοχικό κεφάλαιο της οποίας αποτελείται από μία ονομαστική μετοχή, η οποία ανήκει στο νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου ... (Βλ. ΔΕφΑθ 3562/2013). Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 48 του ν. 4753/2020 «Εφόσον εξακολουθεί να υφίσταται ο κίνδυνος διασποράς του κορωνοϊού COVID-19, και έως και την 28η.2.2021, η ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «...» (...) δύναται, κατά παρέκκλιση όλων των κείμενων εθνικών διατάξεων περί δημοσίων συμβάσεων, πλην αυτών που ενσωματώνουν ενωσιακό δίκαιο και των διατάξεων περί σκοπού της ..., να απευθύνει πρόσκληση για την αγορά ειδικού νοσοκομειακού εξοπλισμού για θεραπεία και νοσηλεία κρουσμάτων κορωνοϊού που ενδέχεται να χρήζουν νοσηλείας σε Μονάδα Εντατικής Θεραπείας (ΜΕΘ) ή σε μονάδες αυξημένης φροντίδας (ΜΑΦ) σε δημόσιες δομές υγείας για τη νοσηλεία κρουσμάτων κορωνοϊού. Ειδικός νοσοκομειακός εξοπλισμός που εμπίπτει στη διαδικασία προμήθειας του παρόντος ενόψει της ενεστώσας έκτακτης ανάγκης δημόσιας υγείας, είναι αναπνευστήρες, κλίνες νοσηλείας, πάγιος εξοπλισμός κλινών, μόνιτορ παρακολούθησης ζωτικών ενδείξεων, κλειστά κυκλώματα αναρρόφησης και αναγκαία ιατροτεχνολογικά προϊόντα συνοδά προς τη λειτουργία αναπνευστήρων. Η πρόσκληση αναρτάται μέσω της ιστοσελίδας της εταιρείας για χρονικό διάστημα τριών (3) ημερών και δύναται να απευθύνεται σε κάθε επιχείρηση πώλησης και διάθεσης του ανωτέρω εξοπλισμού και παροχής υπηρεσιών. Οι συμβάσεις συνάπτονται με σκοπό την αγορά ικανών ποσοτήτων με κριτήριο χαμηλότερης τιμής μεταξύ των άμεσα διαθέσιμων προϊόντων και υπηρεσιών κατά παρέκκλιση της υποπαρ. 1.1.3 του άρθρου 25 του ν. 4472/2017». Συνεπώς, βάσει των προεκτεθέντων, εν προκειμένω η ... αποτελεί αναθέτουσα αρχή κατά τις διατάξεις του Ν.4412/2016.

4. Επειδή, το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ στις 15.12.2020 με Α.Δ.Α.Μ. ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε αύξοντα αριθμό ... .

5. Επειδή ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του Ν. 4412/2016.

6. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 7.01.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα, μέσω της κεντρικής σελίδας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, στις 30.12.2020, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν 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 Π.Δ. 39/2017.

7. Επειδή την 8.01.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη, από το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017, κοινοποίηση της υπό κρίση προσφυγής σε όλους τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

8. Επειδή με τις υπ' αριθμ. 59/2021 και 415/2021 Πράξεις της Προέδρου του 6<sup>ου</sup> Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ την 11.01.2021 μέσω της επικοινωνίας του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού τις απόψεις της επί της προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα την 14.01.2021.

10. Επειδή ο παρεμβαίνων κατέθεσε στις 15.01.2021 ήτοι εμπροθέσμως, στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού, την με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 159/2021 παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς έχει κριθεί αποδεκτή η προσφορά του

και έχει ανακηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος και ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης, ως προς την αποδοχή της προσφοράς του.

11. Επειδή στις 10.02.2021 ο προσφεύγων υπέβαλε μέσω της επικοινωνίας του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής. Το ως άνω υπόμνημα κατατέθηκε εμπροθέσμως σύμφωνα με το τελευταίο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, όπως αυτό προστέθηκε με το ν. 4605/2019 (ΦΕΚ 52/Α/1-4-2019), δοθέντος ότι η συζήτηση για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής ορίσθηκε στις 16.02.2021 και, ως εκ τούτου, λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο.

12. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6<sup>ου</sup> Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

13. Επειδή στον επίμαχο διαγωνισμό για το είδος με α/α 8 συμμετείχαν τέσσερις οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων ο προσφεύγων, ο παρεμβαίνων, οι οποίοι υπέβαλαν τις με αριθμ. συστήματος ... και ... προσφορές τους αντίστοιχα. Σύμφωνα με το με αριθμ. πρωτ. 5899/30.12.2020 Πρακτικό, η Επιτροπή Αξιολόγησης, αφού μελέτησε και το με αριθμ. πρωτ. 8511/30.12.2020 Πρακτικό της Επιτροπής Εμπειρογνομώνων, κατά το οποίο η προσφορά του προσφεύγοντος κρίνεται απορριπτέα διότι «Δεν αποδεικνύεται η §.ΓΕΝΙΚΑ-ΣΥΝΘΕΣΗ ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ.3, 1000 κρύσταλλοι 5cm τουλάχιστον,

Δεν πληροί την §.ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΚΑ-ΤΕΧΝΙΚΑ ΧΑΡΑΚΤΗΡΙΣΤΙΚΑ.9, Έχει Δυναμικό εύρος 227db ενώ ζητείται  $\geq 270db$ ,

Δεν πληροί την §. ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΚΑ-ΤΕΧΝΙΚΑ ΧΑΡΑΚΤΗΡΙΣΤΙΚΑ.10, Έχει Framerate 1470f/sec ενώ ζητείται  $\geq 2900 f/sec$

Δεν πληροί την §. ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΚΑ-ΤΕΧΝΙΚΑ ΧΑΡΑΚΤΗΡΙΣΤΙΚΑ.11, Έχει Βάθος σάρωσης 30 cm ενώ ζητείται τουλάχιστον 40 cm»

εισηγήθηκε την αποδοχή των προσφορών του παρεμβαίνοντος και των άλλων δυο οικονομικών φορέων και την ανακήρυξη του παρεμβαίνοντος ως

προσωρινού αναδόχου. Με την προσβαλλόμενη εγκρίθηκε το με αριθμ. πρωτ. 5899/30.12.2020 Πρακτικό.

14. Επειδή ο προσφεύγων, ως προσφέρων για το είδος με α/α 8 του υπό κρίση διαγωνισμού, θεμελιώνει πρόδηλο έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης απόφασης, ως προς το μέρος που αφορά στην απόρριψη της προσφοράς του Σύμφωνα, δε, με τα προσφάτως κριθέντα (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 408/2018) η 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 σε περίπτωση, που με απόφαση της ΑΕΠΠ ακυρωθεί η απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος, χωρεί η μετ' εννόμου συμφέροντος προβολή εκ μέρους του προσφεύγοντος 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. Επομένως, εν προκειμένω, εφόσον κριθεί ακυρωτέα η προσβαλλόμενη απόφαση κατά σκέλος που αφορά τον αποκλεισμό του προσφεύγοντος, τότε με έννομο συμφέρον προβάλλονται από τον προσφεύγοντα ισχυρισμοί περί της απόρριψης της προσφοράς του παρεμβαίνοντος.

Ωστόσο, εφόσον κριθεί νόμιμος ο αποκλεισμός του προσφεύγοντος οι ισχυρισμοί του περί απόρριψης της προσφοράς του παρεμβαίνοντος η οποία κρίθηκε αποδεκτή με την προσβαλλόμενη απόφαση, κατ' αρχήν, προβάλλονται άνευ εννόμου συμφέροντος, διότι, κατά τα μέχρι προσφάτως κριθέντα από τη νομολογία, διαγωνιζόμενος ο οποίος νομίμως αποκλείεται 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, ο προσφεύγων 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) (πρβλ. Φ. Αρναούτογλου, *Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010*, 2η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, παρ. 141 σελ. 100 και παρ. 368 σελ. 230).

Επίσης, έχει προσφάτως κριθεί -υπό όρους- παραδεκτή η δυνατότητα του μη οριστικά αποκλεισθέντος διαγωνιζόμενου, επιδίωξης ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας με σκοπό την εκκίνηση νέας ταυτόσημης διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης, και με στόχευση την ανάληψη της εν λόγω προμήθειας (βλ. αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ενώσεως (ΔΕΕ), [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)*], όπου ερμηνεύοντας τις ισχύουσες ρυθμίσεις της Οδηγίας 89/665 -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 της συμβάσεως και ΕΑ ΣΤΕ 22/2018 αντίστοιχα). Ωστόσο, εν προκειμένω, ο προσφεύγων με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή δεν επικαλείται την προσδοκία του να ματαιωθεί η υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία, έστω και επικουρικώς στην περίπτωση που κριθεί ότι η προσφορά του ορθώς απορρίφθηκε, καθώς και την πρόθεσή του να συμμετάσχει κατά την ενδεχόμενη επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού με το αυτό αντικείμενο και όρους στο μέλλον. Πολλώ δε μάλλον καθώς ο προσφεύγων δεν στρέφεται κατά των προσφορών των ετερων δυο, πλην του παρεμβαίνοντος, οικονομικών φορέων, οι οποίες κρίθηκαν αποδεκτές με την προσβαλλόμενη απόφαση για το είδος με α/α 8 του διαγωνισμού.

15. Επειδή ο προσφεύγων ισχυρίζεται τα ακόλουθα: « 1ος Λόγος Προσφυγής: Παράβαση βασικών αρχών που διέπουν τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων -Παράνομη απόρριψη της τεχνικής προσφοράς της προσφεύγουσας εταιρείας μας κατά παράβαση της αρχής της ίσης κι αντικειμενικής μεταχείρισης – Μη άσκηση της υποχρέωσης παροχής στη προσφέρουσα εταιρεία μας δυνατότητας διευκρινήσεων επικείμενου αποκλεισμού κατ' άρθρο 102 ν. 4412/2016

[...]προσφορές που δεν πληρούν τις τεχνικές προδιαγραφές που τίθενται στο Παράρτημα ΣΤ' της διακήρυξης θα έπρεπε να έχουν απορριφθεί και οι συμμετέχουσες εταιρίες να αποκλειστεί από τη συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας. Παρ' όλα αυτά, διαβάζοντας κάποιος το προσβαλλόμενο με την παρούσα προσφυγή υπ' αριθ. 15707/30-12-2020 Πρακτικό του Δ.Σ. της ..., διαπιστώνει σε πολλά σημεία ότι έχουν εγκριθεί προσφορές οι οποίες δεν πληρούν ορισμένες από τις τεχνικές προδιαγραφές που έχουν τεθεί από τη διακήρυξη. [...]



*Είναι εμφανές ότι η αναθέτουσα αρχή καθ' υπέρβαση των ορίων αρμοδιότητάς της, έκρινε ότι ορισμένες τεχνικές προδιαγραφές, που είναι ουσιώδεις- κατά τη Διακήρυξη- και δεν πληρούνται εν προκειμένω από τα προσφερόμενα μηχανήματα, θεωρήθηκαν επουσιώδεις για λόγους που ανάγονται στον επείγοντα χαρακτήρα του διαγωνισμού και έτσι η αναθέτουσα ενέκρινε τις προσφορές των συμμετεχουσών εταιριών.*

*Η τακτική αυτή που ακολούθησε η επιτροπή αξιολόγησης, θα μπορούσε να δικαιολογηθεί στα πλαίσια της υγειονομικής κρίσης την οποία βιώνει η χώρα μας λόγω της πανδημίας του covid-19. Παρ' όλα αυτά διαπιστώνεται ότι η αξιολόγηση ορισμένων τεχνικών προδιαγραφών ως επουσιωδών και ορισμένων ως ουσιωδών έγινε κατ' αυθαίρετο τρόπο, στηριζόμενη αποκλειστικά στην κρίση των μελών της επιτροπής αξιολόγησης και όχι με ομοιόμορφο και καθολικό τρόπο.[...]*

*Εν προκειμένω, και όσον αφορά την προσφορά της εταιρίας μας, θεωρούμε ότι η μη πλήρωση σύμφωνα με το Πρακτικό Αξιολόγησης ορισμένων εκ των τεχνικών προδιαγραφών δεν είναι ουσιώδης, από τη στιγμή μάλιστα που στην πραγματικότητα το μηχάνημα μας πληροί τα κριτήρια για τα οποία αποκλείσθηκε, αλλά λόγω έλλειψης χρόνου δεν μπορέσαμε τυπικά να το αποδείξουμε με τα προσκομιζόμενα έγγραφα. Μάλιστα έχοντας γνώση αυτής της αναντιστοιχίας, μεταξύ των πραγματικών χαρακτηριστικών του προσφερόμενου μηχανήματος και των προσκομιζόμενων prospectus, καταθέσαμε- ενημερωτικά- υπόμνημα στην Αναθέτουσα Αρχή με την οποία της γνωστοποιήσαμε τα ακριβή χαρακτηριστικά του μηχανήματος ... για τις τεχνικές προδιαγραφές εκείνες που δεν μπορέσαμε λόγω έλλειψης χρόνου να αναφέρουμε στο κείμενο της τεχνικής και της οικονομικής μας προσφοράς.[...]*

*είναι προφανές ότι η αναθέτουσα αρχή, λόγω του επείγοντος χαρακτήρα, αλλά και της αναγκαιότητας των προς προμήθεια μηχανημάτων, προέβη σε παραβίαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης, της απαγόρευσης των διακρίσεων, της ασφάλειας δικαίου και της αναλογικότητας. Οι αρχές αυτές αποτελούν τους πυλώνες του «οικοδομήματος» ενός δημόσιου διαγωνισμού,*

καθώς εξασφαλίζουν την τήρηση της νομιμότητας καθώς και τον υγιή ανταγωνισμό σε όλα τα στάδιά του.

Στην περίπτωση του παρόντος διαγωνισμού, όπως ελέχθη και πιο πάνω η αναθέτουσα αρχή και καθ' υπέρβαση των αρμοδιοτήτων της, αντιμετώπισε ορισμένες προσφορές που κατατέθηκαν για ορισμένα από τα τμήματα του διαγωνισμού, ευνοϊκότερα σε σχέση με κάποιες άλλες. Εν προκειμένω, η προσφορά της εταιρίας μας μολοντί εξασφαλίζει σε μέγιστο βαθμό το σκοπό της Διακήρυξης, μολοταύτα κρίθηκε ως μη αποδεκτή λόγω μη πλήρωσης συγκεκριμένων τεχνικών προδιαγραφών. Ο υπερηχοτομογράφος που προσφέραμε αποτελεί το μόνο -εκ των αντίστοιχων ανταγωνιστικών- μηχανήμα, το οποίο εξασφαλίζει στη βασική του έκδοση όλα εκείνα τα χαρακτηριστικά που απαιτούν οι αυξημένες ανάγκες μιας ΜΕΘ. Παρ' όλο που δεν μπορέσαμε, λόγω σύντομης προθεσμίας, να καταθέσουμε τα αναγκαία εκείνα έγγραφα που αποδεικνύουν τα λεπτομερή χαρακτηριστικά του προσφερόμενου μηχανήματος μας, προέβημεν σε κατάθεση υπομνήματος στο οποίο παραθέσαμε τις ακριβείς τεχνικές προδιαγραφές του ... εν οίδει διευκρινήσεως. Μολοταύτα, το υπόμνημα μας δεν ελήφθη υπόψη από την αρμόδια επιτροπή της αναθέτουσας αρχής παρόλο που λόγω των έκτακτων συνθηκών υπό τις οποίες διεξήχθη αυτός ο διαγωνισμός θα μπορούσε να ληφθεί για το λόγο ότι ουσιαστικά ο σκοπός ενός δημόσιου διαγωνισμού δεν είναι άλλος από την εξασφάλιση του αποτελεσματικότερου αγαθού ή υπηρεσίας στην οικονομικότερη τιμή.[...]

Στο Παραρτημα ΣΤ' της διακήρυξης, στις τεχνικές προδιαγραφές του υπερηχοτομογράφου γενικής χρήσης (είδος 8), και συγκεκριμένα στην κατηγορία «ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΚΑ- ΤΕΧΝΙΚΑ ΧΑΡΑΚΤΗΡΙΣΤΙΚΑ» απαιτείται Δυναμικό εύρος (Dynamic range)  $\geq 270\text{db}$ . Στο φύλλο συμμόρφωσης της εταιρίας μας (σελ. 11) απαντάμε: ΚΑΛΥΠΤΕΙ. Ο προσφερόμενος έγχρωμος υπερηχοτομογράφος ... έχει δυνατότητα απεικόνισης σε υψηλό δυναμικό εύρος total Dynamic range  $> 227\text{db}$ . Είναι προφανές ότι το προσφερόμενο μηχανήμα μας έχει δυναμικό εύρος άνω των  $227\text{db}$ , και όπως φαίνεται και στο

υπόμνημά μας, μπορεί να φτάσει μέχρι και τα 300db. Επομένως, από τη στιγμή που το δυναμικό εύρος ξεπερνάει τα 227db, δεν δικαιολογείται ο αποκλεισμός του μηχανήματος μας λόγω δήθεν μη τήρησης του συγκεκριμένου κριτηρίου. Η κρίση της αναθέτουσας αρχής, στο συγκεκριμένο τεχνικό χαρακτηριστικό, είναι εσφαλμένη και δεδομένου ότι επίκειται αποκλεισμός μας λόγω ασάφειας των εγγράφων της προσφοράς μας, όφειλε να μας καλέσει να διευκρινίσουμε, όπως προβλέπεται στο άρθρο 102 του ν. 4412/2016, την ασάφεια αυτή. Άλλωστε ο ιδιαίτερος τρόπος διεξαγωγής του διαγωνισμού αυτού δεν εξαιρεί από την εφαρμογή του το συγκεκριμένο άρθρο του ν. 4412/2016 (βλ. άρθρα 32§2γ και 32Α του νόμου). Η συγκεκριμένη διευκρίνιση δεν θα εισήγαγε διάκριση και δεν θα συνιστούσε άνιση μεταχείριση, ούτε θα προσέδιδε ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στην προσφορά μας δεδομένου ότι θα είχε ως συνέπεια ότι θα είχε ως συνέπεια μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί.

Εν συνεχεία, στο ίδιο σημείο της διακήρυξης απαιτείται «Ρυθμός ανανέωσης εικόνας (frame rate)  $\geq 2900$ . Στο φύλλο συμμόρφωσης ως προς την προδιαγραφή αυτή απαντάμε ως εξής:

5.10 Ρυθμός ανανέωσης της εικόνας (frame rate) ΚΑΛΥΠΤΕΙ Ο προσφερόμενος έγχρωμος υπερηχοτομογράφος ... διαθέτει υψηλό ρυθμό ανανέωσης της εικόνας (Frame Rate) ως ακολούθως:

- ☐ 1,470 fps εικόνων / δευτερόλεπτο στο 2D
- ☐ 499 fps εικόνων / δευτερόλεπτο στο Color Doppler
- ☐ 360 fps εικόνων / δευτερόλεπτο στο Power Doppler
- ☐ 2,940 fps εικόνων / δευτερόλεπτο στο M-mode

Ανατρέχοντας στο prospectus 1, όπως παραπέμπουμε και στο φύλλο συμμόρφωσης διαπιστώνει κανείς ότι το ... μπορεί να χρησιμοποιηθεί με 4 τρόπους λειτουργίας: α) 2D, β) Color Doppler, γ) Power Doppler και δ) M-mode. Και παρόλο που δεν αναγράφεται στο prospectus, στη λειτουργία M-mode ο ρυθμός ανανέωσης εικόνας είναι 2940 ανά δευτερόλεπτο, κάτι το

οποίο αναφέρουμε στο φύλλο συμμόρφωσης της προσφοράς μας. Και για το σημείο αυτό η κρίση της αναθέτουσας αρχής στο συγκεκριμένο τεχνικό χαρακτηριστικό είναι εσφαλμένη και δεδομένου ότι επίκειται αποκλεισμός μας λόγω ασάφειας των εγγράφων της προσφοράς μας όφειλε να μας καλέσει να διευκρινίσουμε, όπως προβλέπεται στο άρθρο 102 του ν. 4412/2016, την ασάφεια αυτή. Επομένως και πάλι θεωρούμε ότι η κρίση της αναθέτουσας αρχής στο συγκεκριμένο τεχνικό χαρακτηριστικό είναι εσφαλμένη και στην περίπτωση που υπήρχε αμφιβολία θα μπορούσε να μας καλέσει να διευκρινίσουμε, όπως προβλέπεται στο άρθρο 102 του ν. 4412/2016, την ασάφεια αυτή.

Στις τεχνικές προδιαγραφές, επίσης, προβλέπεται «Βάθος σάρωσης» τουλάχιστον 40cm.

Στην απαίτηση αυτή, στο φύλλο συμμόρφωσης απαντάμε ως εξής:

5.12 Βάθος σάρωσης ΚΑΛΥΠΤΕΙ .Ο προσφερόμενος έγχρωμος υπερηχοτομογράφος ... έχει δυνατότητα απεικόνισης:

- ☐ βάθος σάρωσης στην δισδιάστατη απεικόνιση 2D 30 cm
- ☐ βάθος εξέτασης με κεφαλή pencil απροσδιόριστο.

Παραπομπή 5.12 Prospectus 1 Σελ. 13

[...]Όπως φαίνεται στο φύλλο συμμόρφωσής μας, ο βαθμός σάρωσης 30cm αντιστοιχεί στη 2D λειτουργία του μηχανήματος. Αντιθέτως, ο βαθμός σάρωσης με κεφαλή pencil είναι απροσδιόριστο. Με το υπόμνημα, όμως, που καταθέσαμε ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, αναφέρουμε ότι ο βαθμός σάρωσης μπορεί να ανέλθει έως και 40cm ανάλογα με την ηχοβόλο κεφαλή (απεικόνισης ή μη απεικόνισης) και τη γωνία σάρωσης, τη συχνότητα εκπομπής καθώς και το εύρος σάρωσης. Και στο σημείο αυτό, η κρίση της αναθέτουσας αρχής, ήταν εσφαλμένη, κρίνοντας ότι το ... έχει βαθμό σάρωσης αποκλειστικά μέχρι 30cm. Με μία πιο παρατηρητική ματιά, όμως, και βλέποντας ότι ο βαθμός σάρωσης είναι διάφορος όταν χρησιμοποιείται άλλη ηχοβόλος κεφαλή, όφειλε να μας καλέσει για διευκρίνιση ως προς την ασάφεια που παρατηρήθηκε στη συγκεκριμένη τεχνική προδιαγραφή, δεδομένου ότι

επίκειται αποκλεισμός μας λόγω μη απόδειξης πλήρωσης αυτής της απαίτησης.

Τέλος, η απαίτηση της διακήρυξης «§.ΓΕΝΙΚΑ ΣΥΝΘΕΣΗ ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ.3, 1000 κρύσταλλοι 5cm τουλάχιστον», όπως αναφέρει το προσβαλλόμενο πρακτικό, δεν αποδεικνύεται στην προσφορά μας. Στο υπόμνημα, όμως, που καταθέσαμε αναφέρουμε ότι ο προσφερόμενος έγχρωμος υπερηχοτομογράφος ... περιλαμβάνει στη βασική του σύνθεση την ηχοβόλο κεφαλή ... , ευρέως φάσματος συχνοτήτων 4.6 έως 17.8 MHz, της πλέον σύγχρονης τεχνολογίας, με μοναδική τεχνολογία συστοιχίας κρυστάλλων *hapanfy lens*, 1D για άριστη διακριτική ικανότητα με 1,152 κρυστάλλους σε εξετάσεις επιφανειακών οργάνων, περιφερειακών και εν τω βάθει αγγείων, καθώς και μυοσκελετικού.

Εκ των προαναφερθέντων, θεωρούμε ότι οι τεχνικές προδιαγραφές για τις οποίες αποκλείστηκε η εταιρία μας από την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας, θεωρούνται επουσιώδεις συγκριτικά με το σύνολο των τεχνικών προδιαγραφών που παρέχει το μηχάνημα μας. Αξίζει να επαναλάβουμε, ότι το ... πληροί όλες τις τεχνικές προδιαγραφές που θέτει η διακήρυξη, αλλά για το λόγο ότι η προθεσμία κατάθεσης προσφορών ήταν εξαιρετικά σύντομη, ορισμένα τεχνικά χαρακτηριστικά του τα αναφέραμε στο φύλλο συμμόρφωσης όπως θα μπορούσαν να αποδειχτούν με τα αντίστοιχα *prospectus*. Αντιθέτως, δεν είχαμε το χρόνο να ζητήσουμε από την μητρική-κατασκευάστρια εταιρία κάποια υπεύθυνη δήλωση για τα ακριβή χαρακτηριστικά του προσφερόμενου μηχανήματος και για το λόγο αυτό καταθέσαμε ενώπιον της αναθέτουσας αρχής Υπόμνημα όπου παρείχαμε τις απαιτούμενες διευκρινίσεις. Δεν θα πρέπει να διαφύγει της προσοχής Σας ότι

το προσφερόμενο από εμάς είδος πληροί στο ακέραιο τις προδιαγραφές της διακήρυξης.

Από την άλλη πλευρά, η αναθέτουσα αρχή δεν ακολούθησε ίδια τακτική αξιολόγησης για όλους τους συμμετέχοντες στο διαγωνισμό. Όπως ειπώθηκε και πιο πάνω αναλυτικά, η αναθέτουσα αρχή για κάποιες αναντιστοιχίες σε

προσφορές ορισμένων συμμετεχόντων οικονομικών φορέων, έκρινε ότι αυτές ήταν «επουσιώδεις» αν και από τη διακήρυξη ήταν σαφές ότι είχαν υποχρεωτικό χαρακτήρα και άρα θα έπρεπε υπό κανονικές συνθήκες να αποκλειστούν. Για λόγους, όμως άγνωστους σε εμάς και προφανώς εσφαλμένα η αναθέτουσα αρχή αντί να τις απορρίψει, τις ενέκρινε. Η τακτική αυτή, παρόλα αυτά, δεν ακολουθήθηκε και στην περίπτωση της δικής μας προσφοράς. Αντιθέτως, στηριζόμενη αποκλειστικά και μόνο στο γράμμα της διακήρυξης, έκρινε ότι λόγω φαινόμενης μόνο τελικά απόκλισης της προσφοράς μας από τις απαιτήσεις της διακήρυξης, πρέπει να αποκλειστούμε από τη συνέχεια του διαγωνισμού. Μολοταύτα, μια πιο προσεκτική παρατήρηση του συνόλου της προσφοράς μας από τα αρμόδια μέλη της επιτροπής και η άσκηση της υποχρέωσης τους να καλέσουν την εταιρεία μας να διευκρινίσει τις παρατηρηθείσες ασάφειες, ως όφειλε να πράξει επικείμενου του αποκλεισμού μας, θα μπορούσε να είχε αποτρέψει την κατάληξη αυτή και σε κάθε περίπτωση θα μπορούσαμε να είχαμε κληθεί να δώσουμε γραπτές διευκρινήσεις για τις ασάφειες τις οποίες έκρινε ότι έχει η προσφορά μας, όπως προβλέπεται από το νόμο.

Προς ενίσχυση των ισχυρισμών μας, αξίζει να αναφέρουμε ότι απ' όλες τις εταιρίες που συμμετείχαν στο διαγωνισμό αυτό για το είδος 8 της διακήρυξης «Υπερηχογράφος», μόνο το δικό μας μηχάνημα αποτελεί την πληρέστερη επιλογή και μάλιστα στη χαμηλότερη τιμή. Πέραν την πλήρωσης όλων των όρων των τεχνικών προδιαγραφών, το μηχάνημά μας είναι το μόνο που στη βασική του έκδοση μπορεί να ανταποκριθεί στις ανάγκες των Μονάδων Εντατικής Θεραπείας. Χαρακτηριστικά αναφέρουμε ότι το ... επιπλέον των βασικών απαιτήσεων της διακήρυξης, διαθέτει ηχοβόλο κεφαλή Phased Array 5V1 μονού κρυστάλλου, ευρέως φάσματος συχνοτήτων από 1,1 – 4,9 MHz, κατάλληλη για εξετάσεις καρδιολογίας, κοιλία, διακρανικές και θώρακα (βλ. σελ. 3 του φύλλου συμμόρφωσης της εταιρίας μας). Επίσης περιλαμβάνει, στη βασική του πάντα έκδοση, καρδιολογική κεφαλή με πλήρες λογισμικό λογισμικό καρδιολογικών μετρήσεων και δυνατότητα ECG για να καλύπτει

πλήρως τις ανάγκες της Μονάδας Εντατικής Θεραπείας. Επιπροσθέτως, ο προσφερόμενος έγχρωμος υπερηχοτομογράφος ... διαθέτει την πλέον εξελιγμένη δυνατότητα που επιτρέπει τη μεταφορά του συστήματος δίχως να τερματίσει τη λειτουργία του (hibernate & quick boot) και μάλιστα στη βασική του έκδοση πάλι. Είναι εμφανές ότι το μηχάνημά μας πληροί πλήρως τις απαιτήσεις του παρόντος του διαγωνισμού και κυρίως εκείνες για τον εξοπλισμό μιας ΜΕΘ. Εν αντιθέσει με την ανακηρυχθείσα προσωρινή ανάδοχο εταιρεία ... , η οποία αν και παρανόμως όπως θα καταδείξουμε κατωτέρω αναδείχθηκε μειοδότη για το είδος 8 της διακήρυξης, της οποίας το μηχάνημα στη βασική του έκδοση δεν ανταποκρίνεται στις ανάγκες μιας ΜΕΘ, αλλά στις ανάγκες του ακτινολογικού τμήματος ενός νοσοκομείου. Για το λόγο αυτό, τεχνηέντως, κατέθεσε και απαγορευμένη εναλλακτική προσφορά στο έντυπο της οικονομικής της προσφοράς.

2ος λόγος προσφυγής:

Παράβαση όρου της Πρόσκλησης καθώς και του Ν. 4412/2016 – Παράνομη αποδοχή προσφοράς της εταιρείας ... και ανακήρυξης της προσωρινής αναδόχου για το είδος 8

[...]η ... συμμετείχε στο διαγωνισμό προσφέροντας το μοντέλο ... του Οίκου ..., όπως φαίνεται να προκύπτει από την τεχνική της προσφορά. Όπως επισημάναμε και στο υπόμνημά μας, όπως προκύπτει από την τεχνική προσφορά ΕΙΔΟΣ 8 - ΥΠΕΡΗΧΟΓΡΑΦΟΣ - ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΧΩΡΙΣ ΤΙΜΕΣ.pdf και ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΕΙΔΟΣ 8 ΥΠΕΡΗΧΟΓΡΑΦΟΣ SIGNED.pdf στις σελίδες (1-15) υπάρχουν δυο εναλλακτικές προσφορές κατά την αντίληψη της προσφέρουσας ... από τις οποίες δεν προσδιορίζεται σαφώς ποιος από τους προσφερόμενους τύπους ειδών συνιστά την κύρια προσφορά της. Βεβαίως δεν προκύπτει ούτε από τη προσβαλλόμενη με τη παρούσα προσφυγή Απόφαση που εγκρίνει το πρακτικό αξιολόγησης ποια είναι η τελική σύνθεση που κατακυρώνεται. Ομοίως στην οικονομική της προσφορά, τεχνηέντως πέραν της βασικής της προσφοράς προέβη στην κατάθεση και απαγορευμένης εναλλακτικής προσφοράς. Η ... στο έντυπο της οικονομικής

προσφοράς και συγκεκριμένα στις σελίδες 3-13 παραθέτει αναλυτικά τα χαρακτηριστικά του προς διάθεση μηχανήματος της και καταλήγει στην τιμή προσφοράς, ήτοι 450.000€ άνευ ΦΠΑ για 15 Υπερηχογράφους. Παράλληλα, όμως, προκύπτει εμφανώς στο κείμενο της οικονομικής της προσφοράς και συγκεκριμένα στις σελίδες 14-15 ότι η ... προβαίνει στην κατάθεση και εναλλακτικής προσφοράς στην περίπτωση που η βασική έκδοση του προσφερόμενου μηχανήματος δεν ανταποκρίνεται στις αυξημένες ανάγκες που απαιτεί μια Μονάδα Εντατικής Θεραπείας. [...]

3ος Λόγος προσφυγής Αναντιστοιχία μεταξύ Πρόσκλησης και επιδιωκόμενου σκοπού- Παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας.

Σύμφωνα με την με αριθ. Πρωτ. 15648/15-12-2020 Πρόσκλησης του ... , ζητείται η προμήθεια ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού για Μονάδες Εντατικής Θεραπείας. Οι ΜΕΘ, ως γνωστόν, αποτελούν ιδιαίτερα τμήματα των νοσοκομείων, όπου οι απαιτήσεις του ιατρονοσηλευτικού προσωπικού και αντίστοιχα οι ανάγκες των ασθενών είναι ιδιαίτερα αυξημένες και επιπλέον θεωρείται δεδομένο ότι όλες οι διενεργούμενες ενέργειες εκεί χαρακτηρίζονται από ταχύ, επείγοντα και σύνθετο τρόπο. Οι τιθέμενες από την ως άνω Πρόσκληση τεχνικές προδιαγραφές, παρόλα αυτά, αντιστοιχούν σε απαιτήσεις ενός Ακτινολογικού Τμήματος και όχι μιας ΜΕΘ. Σε πρόσφατο διαγωνισμό που προκήρυξε το ... «...» με τη διακήρυξη ... για την προμήθεια «εξοπλισμού ηχογραφίας, υπερηχογραφίας και

Doppler (ΥΠΕΡΗΧΟΤΟΜΟΓΡΑΦΟΣ ΑΚΤΙΝΟΛΟΓΙΚΟΥ)» σε αυτήν αναγράφονται ακριβώς τα ίδια τεχνολογικά χαρακτηριστικά όπως στην Πρόσκληση 15648/2020 του .... Η διαφορά όμως έγκειται στο σκοπό του κάθε διαγωνισμού. Στο μεν διαγωνισμό του ... ο σκοπός είναι ο εξοπλισμών Μονάδων Εντατικής Θεραπείας, στο δε διαγωνισμό του ... είναι ο εξοπλισμός του Ακτινολογικού Τμήματος του Νοσοκομείου.

[...] Είναι προφανές ότι με τις τιθέμενες τεχνικές προδιαγραφές μπορεί να εξοπλιστεί το Ακτινολογικό Τμήμα ενός Νοσοκομείου, αλλά δεν μπορεί ένα τέτοιο μηχάνημα υπερηχοτομογράφου να ανταποκριθεί πλήρως στις ανάγκες



μιας ΜΕΘ. Οπωσδήποτε επουδενί δεν επιχειρούμε το πρώτον με τη προσφυγή μας να στραφούμε και δη ανεπίτρεπτα στο παρόν στάδιο κατά της διακήρυξης, δεδομένου ότι αποδεχθήκαμε πλήρως τους όρους αυτής και συμμετείχαμε στην εν λόγω διαδικασία, ανεξαρτήτων των επείγοντων, βιαστικών και πιεστικών προθεσμιών λόγω της κατάστασης της πανδημίας. Αυτό ωστόσο δεν μειώνει κατελάχιστο την αξία των ισχυρισμών μας ότι οι τιθέμενες τεχνικές προδιαγραφές δεν περιγράφουν έναν υπερηχοτομογράφο που θα απευθύνεται στις ανάγκες μιας ΜΕΘ, κι αυτό αναγνωρίζεται και από την ανακηρυχθείσα προσωρινή ανάδοχο εταιρεία ... .

Το κενό αυτό που προκύπτει μεταξύ της Πρόσκλησης 15648/2020 του ..., εν προκειμένω, και του επιδιωκόμενου σκοπού (εξοπλισμός των ΜΕΘ) μπορεί να καλυφθεί με την εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας που πρέπει να διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς. [...] Η αρχή της αναλογικότητας επιτάσσει οι δημόσιοι φορείς όταν ασκούν τη διακριτική τους ευχέρεια, κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίο, πρόσφορο και κατάλληλο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου στόχου. Η αρχή της αναλογικότητας περιλαμβάνει το στοιχείο της προσφορότητας, της αναγκαιότητας και της αναλογικότητας με τη στενή έννοια. Το μέτρο που θα επιλεγεί θα πρέπει να είναι πρόσφορο και αναγκαίο για την πραγματοποίηση του δημόσιου σκοπού.[...]

Καθίσταται σαφές, ότι η αρμόδια επιτροπή αξιολόγησης των προσφορών για το διαγωνισμό του ... όφειλε, στα πλαίσια των αρμοδιοτήτων της να επιλέξει – εν προκειμένω για το είδος 8 της διακήρυξης- το μηχάνημα εκείνο το οποίο βάσει τεχνικών χαρακτηριστικών θα ανταποκρίνεται πλήρως στις ανάγκες των Μονάδων Εντατικής Θεραπείας. Δεδομένου μάλιστα ότι κατά την αξιολόγηση των προσφορών, η επιτροπή υιοθέτησε μια πιο ελαστική πολιτική, αποδεχόμενη προσφορές οι οποίες δεν πληρούσαν υποχρεωτικές από τη διακήρυξη προδιαγραφές, χαρακτηρίζοντας ως επουσιώδεις κάποιες από τις ελλείψεις τους, όφειλε να κρίνει με την ίδια επιείκεια τη τεχνική προσφορά της εταιρείας μας, να καλέσει την εταιρεία μας σε νόμιμη παροχή διευκρινήσεων επί των ασαφειών που διέγινωσε το πρακτικό περί μη πλήρωσης

συγκεκριμένων απαιτήσεων και να αποδεχτεί την προσφορά της εταιρίας μας. Η συγκριτική αυτή σκέψη μας στηρίζεται στο γεγονός ότι στην πραγματικότητα το προσφερόμενο μηχάνημα από την εταιρίας μας είναι το πληρέστερο και το πλέον κατάλληλο για χρήση σε ΜΕΘ, προσφέρει στη βασική του έκδοση όλα εκείνα τα χαρακτηριστικά που κρίνονται απαραίτητα σε μια ΜΕΘ, όπως η δυνατότητα καρδιολογικών εξετάσεων, το διαθέσαμε στη χαμηλότερη τιμή σε σχέση με τους ανταγωνιστές μας και επιπροσθέτως η αναντιστοιχία που προέκυψε μεταξύ ορισμένων τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης και της τεχνικής μας προσφοράς, οφείλεται στη σύντομη προθεσμία που είχαμε για να προετοιμάσουμε το φάκελο και σε κάθε περίπτωση η αναθέτουσα αρχή θα μπορούσε να μας καλέσει να καταθέσουμε διευκρινίσεις ή τουλάχιστον να λάβει υπόψη της το υπόμνημα που καταθέσαμε ενώπιον της. Αντιθέτως, μειοδότηρια εταιρία αναδείχθηκε η ..., η οποία κατέθεσε δύο εναλλακτικές προσφορές, ομολογώντας μάλιστα στην οικονομική της προσφορά ότι «ΣΕ ΠΕΡΙΠΤΩΣΗ ΠΟΥ ΕΠΙΘΥΜΕΙΤΕ ΤΗΝ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΤΗΣ ΠΛΕΟΝ ΚΑΤΑΛΛΗΛΗΣ ΣΥΝΘΕΣΗΣ ΓΙΑ ΜΟΝΑΔΑ ΕΝΤΑΤΙΚΗΣ ΘΕΡΑΠΕΙΑΣ προτείνουμε την αντικατάσταση των παρακάτω προσφερόμενων στην υπάρχουσα σύνθεση ειδών... με τα παρακάτω είδη ....». Είναι προφανές ότι και η ίδια η ... αναγνωρίζει ότι το μηχάνημα που προσφέρει στη βασική του έκδοχή δεν μπορεί να ανταποκριθεί πλήρως στις ανάγκες μιας ΜΕΘ. Μολοταύτα, η αρμόδια επιτροπή της αναθέτουσας αρχής δεν έλαβε υπόψη της αυτή την παρατήρηση της ... και επίσης δεν διαπίστωσε, θέλουμε να πιστεύουμε, ότι η ... κατέθεσε δύο προσφορές σε περίπτωση που η μία δεν πληροί τις προϋποθέσεις της διακήρυξης.

Επειδή, η αναθέτουσα αρχή δεν εφάρμοσε την αρχή της αναλογικότητας ως προς την προσφορά μας, διότι την απέρριψε λόγω μη πλήρωσης ορισμένων τεχνικών προδιαγραφών, οι οποίες θα μπορούσαν να χαρακτηριστούν και ως επουσιώδεις. Με την τακτική της αυτής, έθεσε εκτός συνέχειας του διαγωνισμού το πιο κατάλληλο μηχάνημα για χρήση σε ΜΕΘ, στηριζόμενη στο γράμμα της διακήρυξης και μη εφαρμόζοντας στην περίπτωση μας την πιο

χαλαρή πολιτική που υιοθέτησε ως προς την πλήρη αντιστοιχία τεχνικών προδιαγραφών και προσφορών σε άλλους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς».

16. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της ισχυρίζεται τα εξής : «

[...] Γ.1- Επί του 1ου λόγου της προσφυγής

[...] Εν προκειμένω, η τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας εταιρείας δεν πληροί για το υπό προμήθεια είδος τις τεχνικές προδιαγραφές που προβλέπονται επί ποινή αποκλεισμού στην πρόσκληση, η έλλειψη των οποίων στερεί την καταλληλότητα που απαιτείται για τη χρήση του υπό προμήθεια υπερηχοτομογράφου, όπως άλλωστε ορθά διαπιστώθηκε και από την επιτροπή εμπειρογνομόνων και αποτυπώθηκε στο υπ' αριθ. πρωτ. 8511/30 Δεκεμβρίου 2020 πρακτικό αυτής, το οποίο επισυνάπτεται αυτούσιο στο υπ' αριθμόν 5899/30.12.2020 Πρακτικό της Επιτροπής Αξιολόγησης, ως αναπόσπαστο τμήμα αυτού και, εντεύθεν, και στο προσβαλλόμενο υπ' αριθμόν 530/2020 Πρακτικό του Δ.Σ. της Αναθέτουσας Αρχής, [...]

Οι ανωτέρω αποκλίσεις από τις τεχνικές προδιαγραφές ομολογούνται και από την προσφεύγουσα στην υπό κρίση προσφυγή, απλώς χαρακτηρίζονται όλως αυθαιρέτως εκ μέρους της ως μη ουσιώδεις και μάλιστα μη ανταποκρινόμενες στην πραγματικότητα[...] (βλ. σελίδα 12 της προσφυγής).

Περαιτέρω, πρέπει να αναφερθεί ότι πράγματι, στις 29 Δεκεμβρίου 2020, ήτοι επτά ημέρες μετά από την αποσφράγιση των προσφορών, η προσφεύγουσα κατέθεσε Υπόμνημα ενώπιον της εταιρείας μας στο οποίο ανέφερε για πρώτη φορά διαφορετικές τεχνικές προδιαγραφές για το προσφερόμενο είδος δήθεν διευκρινιστικά. Όμως, θα πρέπει να τονισθεί ότι κατά πάγια νομολογία, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος [...] καθώς μια τέτοια τροποποίηση θα παραβίαζε τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας της διαγωνιστικής διαδικασίας. Επομένως, ορθώς δεν εξετάσθηκε το άνω υπόμνημα καθώς, η προσκόμισή του αποτελεί τροποποίηση της κατατεθειμένης προσφοράς της προσφεύγουσας.

Εξάλλου, η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να καλεί τους προσφέροντες να συμπληρώσουν τα νομίμως, καταρχήν, υποβληθέντα δικαιολογητικά ή να παρέχουν σχετικές διευκρινίσεις και όχι να αναπληρώσουν το πρώτον μη υποβληθέντα ή μη νομίμως υποβληθέντα δικαιολογητικά [...]

Περαιτέρω, η απόκλιση προσφοράς υποψηφίου από απαραίτους όρους της Διακήρυξης, συνεπάγεται αυτομάτως τον αποκλεισμό του υποψηφίου κατ' ενάσκηση δέσμιας αρμοδιότητας της αναθέτουσας αρχής (ΣτΕ ΕΑ 1089/2009 σκέψη 5), καθώς δεν επιτρέπεται η συμπλήρωσή τους με την παροχή διευκρινίσεων κατ' άρθρα 102 και 310 του Ν. 4412/2016 (ΑΕΠΠ 1/2018 σκέψη 31, 20/2018 κ.ά.). Σε κάθε περίπτωση, η κλήση από την αναθέτουσα αρχή για παροχή διευκρινίσεων είναι ανεπίτρεπτη, όταν με αυτή δεν επέρχεται συμπλήρωση νομίμως κατ' αρχήν υποβληθέντων στοιχείων, αλλά τροποποίηση του περιεχομένου της προσφοράς διαγωνιζομένου (ΔΕφΘεσ 99/2017 σκέψη 14 κ.ά.). Επίσης, όπως προβλέπεται και από το άρθρο 102 παρ. 1 του ν.4412/2016 αλλά και από τον όρο 1.10 της πρόσκλησης οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή δεν λαμβάνεται υπόψη (βλ. ΔεφΧαν10/2019).

Συνεπώς, κατόπιν των ανωτέρω, καθίσταται σαφές ότι η αποδοχή του υπομνήματος θα συνιστούσε παραβίαση εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, της απαγόρευσης των διακρίσεων και της αρχής της αντικειμενικότητας και αμεροληψίας.

Περαιτέρω, με τον πρώτο προβαλλόμενο λόγο η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η αναθέτουσα αρχή παραβίασε την αρχή της ίσης μεταχείρισης[...] Ωστόσο, και ο ισχυρισμός αυτός πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος καθώς η προσφεύγουσα συγκρίνει ανόμοιες καταστάσεις και πιο συγκεκριμένα επικαλείται την αιτιολογία της αρμόδιας επιτροπής εμπειρογνομόνων που αποτυπώνεται στο υπ' αριθ. πρωτ. 8511/30.12.2020 πρακτικό, αναφορικά με το είδος 21 «ΣΥΣΚΕΥΕΣ ΕΓΧΥΣΗΣ 23 ΦΑΡΜΑΚΩΝ ΜΕ ΣΥΡΙΓΓΑ», για το οποίο κρίθηκε ότι οι προσφορές αμφοτέρων των συμμετεχουσών εταιρειών

έφεραν αποκλίσεις, ωστόσο, λόγω της ανάγκης αντιμετώπισης της διασποράς του κορωνοϊού, κρίθηκαν οι αποκλίσεις και των δύο συμμετεχουσών ως επουσιώδεις και τεχνικά αποδεκτές. Η περίπτωση αυτή είναι ανόμοια με την υπό κρίση, καθώς αφενός αφορούσε σε διάφορο τμήμα της πρόσκλησης με διαφορετικές τεχνικές προδιαγραφές και αφετέρου με βάση τα πραγματικά περιστατικά και τις συγκεκριμένες αποκλίσεις (οι οποίες συνέπιπταν) κρίθηκε ότι έπρεπε να γίνουν αποδεκτές αμφότερες οι προσφορές. Συνεπώς, ουδεμία παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης χώρισε εν προκειμένω.

Περαιτέρω ούτε με το από 29.12.2020 υπόμνημα της προσφεύγουσας, το οποίο κατατέθηκε οκτώ ημέρες μετά την αποσφράγιση των προσφορών αποδεικνύονται τα τεχνικά χαρακτηριστικά του προσφερόμενου μηχανήματος, τα οποία χαρακτηριστικά απαιτείται να τεκμαίρονται με παραπομπές σε τεχνικά φυλλάδια του κατασκευαστικού οίκου ή με οποιοδήποτε άλλο προβλεπόμενο από τη διακήρυξη τρόπο, και φυσικά όχι με απλή αναφορά σε ένα υπόμνημα.

Ειδικότερα επί του υπομνήματος, το οποίο κατατέθηκε μετά τη λήξη των προσφορών επαγόμεθα τα ακόλουθα: Ακόμη κι αν η Επιτροπή όφειλε να υποκαταστήσει τα έγγραφα, τα οποία καθ' ομολογία της προσφεύγουσας έλλειπαν από την τεχνική της προσφορά, με το εν λόγω υπόμνημα, σε κάθε περίπτωση η προσφορά της και πάλι είναι εκτός προδιαγραφών:

Η τεχνική προδιαγραφή 5.9 απαιτούσε «Δυναμικό εύρος (Dynamic range)  $\geq 270$  db». Η απάντηση της προσφεύγουσας εταιρείας στο υπόμνημά της ήταν «Σας διευκρινίζουμε πως το προσφερόμενο μηχανήμα υπερηχογραφίας ..., έχει δυνατότητα απόδοσης δυναμικού εύρους, έως και 300db.» (έντονη γραφή & υπογράμμιση δική μας). Το μηχανήμα από την κατασκευή του έχει Δυναμικό εύρος  $\geq 227$  db και δυνατότητα απόδοσης να φτάσει έως 300 db. Δεν αποδεικνύεται όμως με κανένα τρόπο η πλήρωση της εν λόγω τεχνικής προδιαγραφής.

Η τεχνική προδιαγραφή 5.10 απαιτούσε «Ρυθμός ανανέωσης εικόνας (frame rate)  $\geq 2900$  f/sec». Η απάντηση της προσφεύγουσας εταιρείας στο υπόμνημά της ήταν «Σας διευκρινίζουμε πως ο προσφερόμενος έγχρωμος

υπερηχοτομογράφος ... διαθέτει μέγιστο ρυθμό ανανέωσης της εικόνας (Frame Rate) 2,940 fps εικόνων / δευτερόλεπτο το οποίο επιτυγχάνεται στην τεχνική απεικόνισης M-mode (Motion mode)» Ο άνω ρυθμός ανανέωσης εικόνας, σύμφωνα με τις προδιαγραφές της πρόσκλησης, θα πρέπει να αναφέρεται σε όλες τις τεχνικές απεικόνισης και όχι σε μια συγκεκριμένη τεχνική απεικόνισης (M-mode (Motion mode))

Η τεχνική προδιαγραφή 5.10 απαιτούσε «Βάθος σάρωσης Τουλάχιστον 40 cm» Η απάντηση της εταιρείας στο υπόμνημά της ήταν: «Βάθος σάρωσης στην δισδιάστατη απεικόνιση 2D 30 cm, βάθος εξέτασης με κεφαλή pencil απροσδιόριστο. Σας διευκρινίζουμε πως ο προσφερόμενος έγχρωμος υπερηχοτομογράφος ... διαθέτει βάθος σάρωσης έως και 40cm ανάλογα με την ηχοβόλο κεφαλή (απεικόνισης ή μη απεικόνισης) και τη γωνία σάρωσης, τη συχνότητα εκπομπής καθώς και το εύρος σάρωσης». Η τεχνική προδιαγραφή βάσει της πρόσκλησης αναφέρεται σε όλες τις κεφαλές και όχι σε μια κεφαλή. Εξάλλου το προσφερόμενο είδος πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές μόνο με κεφαλή pencil η οποία δεν ζητείται στην πρόσκληση.

Επειδή λόγω της αυστηρώς τυπικής διαδικασίας των δημόσιων διαγωνισμών, προσφορές οι οποίες δεν είναι σύμφωνες με τους όρους της διακήρυξης, αποκλείονται από τον διαγωνισμό, τα δε όργανα της αναθέτουσας αρχής έχουν δέσμια αρμοδιότητα και όχι διακριτική ευχέρεια ως προς την απόρριψη προσφοράς συμμετέχοντος σε διαγωνισμό που δεν πληροί όρους της διακήρυξης, συνεπώς ορθός κρίθηκε μη αποδεκτή η προσφορά της προσφεύγουσας και ο υπό κρίση λόγος προσφυγής εν γένει τυγχάνει προδήλως αβάσιμος και για το λόγο αυτό πρέπει να απορριφθεί.

#### **Γ.2- Επί του 2ου λόγου της προσφυγής**

Η συμμετέχουσα εταιρεία ... συμμετείχε στην πρόσκλησης της «...» για τα είδη 8 και 11. Όσον αφορά στο προσφερόμενο είδος α/α 8 υπερηχοτομογράφο, αυτή προσέφερε μόνο το μοντέλο ..., όπως άλλωστε το δηλώνει υπευθύνως στην από 21/12/2020 υπεύθυνη δήλωση (άρθρο 8 Ν. 1599/1986) ο νόμιμος εκπρόσωπος της εταιρείας, Αναστάσιος Ελευθεράκης και όπως προκύπτει

από το σύνολο της τεχνικής και οικονομικής προσφοράς της. Η ύπαρξη υποσημείωσης στην αναλυτική οικονομική προσφορά της εταιρείας για το είδος ..., και όχι στην αμιγώς οικονομική προσφορά της ... όπως αναληθώς αναφέρεται στην υπό κρίση προσφυγή, για τη δυνατότητα αντικατάστασης ορισμένων χαρακτηριστικών της βασικής έκδοσης του προσφερόμενου υπερηχοτομογράφου καθώς και για τις δυνατότητες επεκτάσεων αυτού δεν αποτελούν επ' ουδενί λόγο εναλλακτικές προσφορές. Εναλλακτικές προσφορές θεωρούνται είτε οι προσφορές πλέον του ενός είδους με ισοδύναμο κατά την αντίληψη του προσφέροντος αποτέλεσμα, που πληρούν εξίσου τις προδιαγραφές, είτε μια προσφορά που διαφέρει ουσιωδώς από αυτή που έχει προβλέψει η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή. Στην συγκεκριμένη περίπτωση προσφέρθηκε συγκεκριμένη σύνθεση μηχανήματος (μοντέλο ...), σύμφωνα με τις προδιαγραφές της διακήρυξης, όλα τα φυλλάδια και το φύλλο συμμόρφωσης παρέπεμπαν στη σύνθεση αυτή, η οποία και αξιολογήθηκε από την Επιτροπή. Επομένως, ο υπό κρίση λόγος προσφυγής τυγχάνει προδήλως αβάσιμος και για το λόγο αυτό πρέπει να απορριφθεί.

### **Γ.3- Επί του 3ου λόγου της προσφυγής**

Όπως αναφέρθηκε και παραπάνω, με το άρθρο 16 της ... της 11ης Μαρτίου 2020 (ΦΕΚ Α' 55), η οποία έχει κυρωθεί με το Ν. 4682/2020 (ΦΕΚ Α' 76) προβλέφθηκε μεταξύ άλλων ότι οι τεχνικές προδιαγραφές των υπό προμήθεια προϊόντων που προορίζονται για κάλυψη έκτακτων αναγκών δημόσιας υγείας των δημόσιων νοσοκομείων, και λοιπών νομικών προσώπων εποπτείας των Δημόσιων Υγειονομικών Περιφερειών από τη διάδοση του κορωνοϊού COVID-19, εγκρίνονται με απόφαση του Κεντρικού Συμβουλίου των Υγειονομικών Περιφερειών (ΚΕ.Σ.Υ.ΠΕ). Εν προκειμένω, οι τεχνικές προδιαγραφές του υπό κρίση διαγωνισμού καθορίστηκαν με την από 7 Δεκεμβρίου 2020 απόφαση της 136ης Συνεδρίασης- Θέμα 1 ο (Ορθή επανάληψη) «Έγκριση τεχνικών προδιαγραφών λοιπού ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού για τις μονάδες εντατικής θεραπείας (ΜΕΘ) των νέων κλινών του ...» του ... [...]κάθε κρίση της προσφεύγουσας εταιρείας περί αμφισβήτησης των όρων της

διακήρυξης/πρόσκλησης αναφορικά με τις τεχνικές προδιαγραφές των υπό προμήθεια προϊόντων όπως διαμορφώθηκαν από το ... πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

Περαιτέρω, ως προς το μέρος κατά το οποίο η προσφεύγουσα επικαλείται ότι κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας απορρίφθηκε η προσφορά της από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, λεκτέα τα ακόλουθα: [...] Εν προκειμένω, ήτοι κατά το στάδιο αποσφράγισης και αξιολόγησης των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή είχε δέσμια αρμοδιότητα να απορρίψει την άνω προσφορά, η οποία έφερε αποκλίσεις από όρους που τάσσονται επί ποινή απαραδέκτου. Συνεπώς, δεν ετίθετο ζήτημα εφαρμογής της αρχής της αναλογικότητας και για αυτό το λόγο, οι ως άνω ισχυρισμοί πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι».

17. Επειδή ο παρεμβαίνων προβάλλει τα ακόλουθα : « 1. Επί του πρώτου λόγου της προσφυγής [...] Όπως έχει κριθεί, η εσφαλμένη εφαρμογή νόμου και όρων της διακήρυξης δεν μπορεί να δικαιολογηθεί με την επίκληση ίσης μεταχείρισης με άλλους διαγωνιζόμενους. Και τούτο διότι δεν χωρεί ισότητα στην παρανομία. Αν πάλι οι περιπτώσεις δεν είναι ίδιες, τότε, ούτως ή άλλως, δεν χωρεί εξ αρχής ζήτημα ίσης μεταχείρισης, η οποία επιβάλλει τον ίδιο χειρισμό των ίδιων πραγματικών περιστατικών και τον διαφορετικό των διαφορετικών (ΑΕΠΠ 642/2018 σκ. 10). Εν προκειμένω η προσφεύγουσα επικαλείται τη μη απόρριψη τεχνικών προσφορών που υποβλήθηκαν για τα είδη 1 (ηλεκτροκαρδιογράφος), 9 (ογκομετρικές αντλίες για χορήγηση υγρών και φαρμάκων) και 21 (συσκευές έγχυσης φαρμάκων με σύριγγα) λόγω αποκλίσεων τους από τεχνικές προδιαγραφές, οι οποίες κρίθηκαν ως επουσιώδεις (μεγαλύτερο βάρος ηλεκτροκαρδιογράφου, μη εμφάνιση μηνυμάτων στην ελληνική και μη απόδειξη αυτονομίας μπαταρίας σε ογκομετρικές αντλίες, ανυπαρξία αναλγησίας ελεγχόμενης από τον ασθενή, στοχευμένης ελεγχόμενης έγχυσης, αυτόματου ελέγχου γλυκόζης και λειτουργίας αυτόματης συνέχισης σε συσκευές έγχυσης φαρμάκων).



Σημειωτέον ότι άλλες τεχνικές προσφορές για τα ανωτέρω είδη απορρίφθηκαν, διότι οι αποκλίσεις τους από διαφορετικές τεχνικές προδιαγραφές δεν κρίθηκαν επουσιώδεις (οι προσφορές της ... και της ... για το είδος 1 και η προσφορά της ... για το είδος 9). Η αιτούσα ουδόλως υπέστη άνιση μεταχείριση εκ της αποδοχής τεχνικών προσφορών με αποκλίσεις από τεχνικές προδιαγραφές των ανωτέρω ειδών, διότι τα είδη αυτά και οι σχετικές προδιαγραφές τους δεν είχαν οποιαδήποτε συνάφεια με το είδος 8 (υπερηχοτομογράφος), για το οποίο υπέβαλε προσφορά η προσφεύγουσα, και με τις τεχνικές προδιαγραφές του είδους αυτού, εξαιτίας της μη κάλυψης των οποίων απερρίφθη η προσφορά της (ελάχιστος αριθμός κρυστάλλων κεφαλής MatrixLinearArray, ελάχιστο δυναμικό εύρος, ελάχιστος ρυθμός ανανέωσης εικόνας, ελάχιστο βάθος σάρωσης). Επιπλέον η μη κάλυψη από την προσφορά της αιτούσας των σχετικών τεχνικών προδιαγραφών δεν κρίθηκε από την αρμόδια επιτροπή ως επουσιώδης, εν αντιθέσει με τις αποκλίσεις ορισμένων από τις υποβληθείσες για τα είδη 1, 9 και 21 προσφορών που έγιναν δεκτές. Συνεπώς πρόκειται για ουσιωδώς διάφορες περιπτώσεις και, ως εκ τούτου, δεν υφίσταται πεδίο εφαρμογής της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων. Εν πάση περιπτώσει, αν υποθεθεί ότι μη νομίμως έγιναν δεκτές τεχνικές προσφορές για άλλα είδη, παρά τις διαπιστωθείσες αποκλίσεις τους από τεχνικές προδιαγραφές, διότι οι προσφορές που δεν πληρούν τις τεχνικές προδιαγραφές της πρόσκλησης τυγχάνουν απορριπτέες, όπως συνομολογεί η προσφεύγουσα, μη νομίμως επικαλείται αυτή την αρχή της ίσης μεταχείρισης, προς διάσωση της μη πληρούσας τις τεχνικές προδιαγραφές προσφοράς της, διότι, όπως έχει κριθεί, δεν χωρεί ισότητα στην παρανομία.

1.2 Η μη κάλυψη από την τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας τεχνικών προδιαγραφών της πρόσκλησης, γεγονός που η ίδια συνομολογεί, καθιστούσε την προσφορά της απορριπτέα, η δε αναθέτουσα αρχή δεν είχε διακριτική ευχέρεια να ζητήσει από την προσφεύγουσα διευκρινίσεις, καθώς η πλημμέλεια της προσφοράς της δεν ήταν επιδεκτική διόρθωσης ή

συμπλήρωσης, κατά την έννοια του άρθρου 102 Ν. 4412/2016.[...] Από το περιεχόμενο της προσφοράς της προσφεύγουσας προκύπτει, πέραν πάσης αμφιβολίας, ότι η απόρριψή της ήταν νόμιμη για όλους τους ανωτέρω λόγους. Ειδικότερα:

α) Η παράγραφος 3 του κεφαλαίου «Γενικά –Σύνθεση Συστήματος» του υπερηχοτομογράφου προβλέπει τα εξής: «Ηχοβόλος κεφαλή MatrixLinearArrayάνω των χιλίων (1000) κρυστάλλων 5cmτουλάχιστον, ευρέως φάσματος συχνοτήτων (10.0 –15.0MHz)κατάλληλη για εξετάσεις επιφανειακών οργάνων υψηλής διακριτικής ικανότητας».

Η αντίστοιχη με αριθ. 3 απάντηση στο φύλλο συμμόρφωσης της προσφεύγουσας είναι η εξής: «Ηχοβόλο κεφαλή ...,ευρέως φάσματος συχνοτήτων 4.6 έως 17.8 MHz, της πλέον σύγχρονης τεχνολογίας με συστοιχία κρυστάλλων hanafylens, 1D για άριστη διακριτική ικανότητα σε εξετάσεις επιφανειακών οργάνων, περιφερειακών και εν τω βάθει αγγείων, καθώς και μυοσκελετικού. Διαθέτει physical foot print 69,22 X16,48 mm. Η κεφαλή διαθέτει τη δυνατότητα να δέχεται σύστημα διενέργειας βιοψιών» (Σχετικό 1).Στη σελ. 4 του Prospectus2 του κατασκευαστή (Σχετικό 2), στο οποίο παραπέμπει το φύλλο συμμόρφωσης της προσφεύγουσας, αναγράφονται τα τεχνικά χαρακτηριστικά της ανωτέρω κεφαλής 18L6. Σχετικά με τους κρυστάλλους αναγράφεται στο Prospectus ό,τι και στο φύλλο συμμόρφωσης (1D, Hanafy). Συνεπώς ούτε στο φύλλο συμμόρφωσης αναγράφεται ούτε από την παραπομπή στο τεχνικό φυλλάδιο του κατασκευαστή αποδεικνύεται ότι η προσφερόμενη προς κάλυψη της σχετικής απαίτησης ηχοβόλος κεφαλή πληροί την τεχνική προδιαγραφή των 91.000 κρυστάλλων. Ως εκ τούτου,νομίμως απερρίφθη η τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας, ως μη καλύπτουσα την ανωτέρω τεχνική προδιαγραφή.Η ανωτέρω πλημμέλεια της προσφοράς της προσφεύγουσας δεν ήταν επουσιώδης ούτε συνίστατο σε κάποια ασάφεια ή σε κάποιο πρόδηλο τυπικό σφάλμα, οφειλόμενο σε εύλογη παραδρομή (όπως ενδεχομένως θα συνέβαινε αν δεν είχε αναγραφεί στο φύλλο συμμόρφωσης το ζητούμενο τεχνικό

χαρακτηριστικό, αλλά αποδεικνυόταν αυτό από την αντίστοιχη παραπομπή στο *Prospectus*). Η σχετική πλημμέλεια συνίστατο σε μη κάλυψη τεχνικής προδιαγραφής της διακήρυξης, προβλεπόμενης, όπως το σύνολο των τεχνικών προδιαγραφών, επί ποινή αποκλεισμού, η οποία προέκυπτε τόσο από το φύλλο συμμόρφωσης όσο και από τη σχετική παραπομπή. Συνεπώς η αναθέτουσα αρχή δεν είχε διακριτική ευχέρεια να ζητήσει διευκρινίσεις από την προσφεύγουσα, διότι οι διευκρινίσεις αυτές θα της παρείχαν τη δυνατότητα να επικαλεστεί το πρώτον τεχνικό χαρακτηριστικό του προσφερόμενου είδους που δεν δήλωσε και δεν απέδειξε ότι το είδος αυτό διαθέτει, πράγμα το οποίο θα ήταν ανεπίτρεπτο, σύμφωνα με τα προαναφερθέντα. Εφόσον, κατά τα ανωτέρω, νομίμως δεν ζητήθηκαν διευκρινίσεις από την αναθέτουσα αρχή, απαραδέκτως υπεβλήθη στις 29.12.2020 (μετά το άνοιγμα των προσφορών) το επικαλούμενο από την προσφεύγουσα υπόμνημά της (ΔΕφΘεσ 3/2019). Με το υπόμνημα αυτό απαραδέκτως επιχειρείται, όπως αναφέρθηκε ανωτέρω, η τροποποίηση της προσφοράς της προσφεύγουσας, με την προβολή για πρώτη φορά του ισχυρισμού ότι η προσφερόμενη κεφαλή διαθέτει 1.152 κρυστάλλους. Σε κάθε περίπτωση ο ισχυρισμός αυτός είναι παντελώς αναπόδεικτος, καθώς δεν συνυπεβλήθη οποιοδήποτε τεχνικό φυλλάδιο ή έστω υπεύθυνη δήλωση του κατασκευαστή που να τον αποδεικνύει.

β) Η με αριθ. 9 προδιαγραφή του κεφαλαίου «Λειτουργικά –Τεχνικά Χαρακτηριστικά» προβλέπει τα εξής: «Δυναμικό εύρος (Dynamic range) > 270 db». Στη στήλη «περιγραφή προδιαγραφής» του υποβληθέντος από την προσφεύγουσα φύλλου συμμόρφωσης (Σχετικό 1) αναγράφεται μόνο το πρώτο σκέλος της ανωτέρω προδιαγραφής (Δυναμικό εύρος), ενώ σκοπίμως παραλείπεται το ζητούμενο αριθμητικό μέγεθος (>270db). Στη στήλη «προσφορά υποψήφιου προμηθευτή» αυτού του φύλλου συμμόρφωσης αναγράφονται τα εξής: «Ο προσφερόμενος έγχρωμος υπερηχοτομογράφος ... έχει δυνατότητα απεικόνισης σε υψηλό δυναμικό εύρος total Dynamic range> 227 db. Στη σελίδα 7 του *Prospectus*<sup>1</sup>(Σχετικό 3), στο οποίο παραπέμπει το φύλλο συμμόρφωσης, αναγράφονται σχετικά τα εξής: «Total system dynamic

range> 227 db». Συνεπώς τόσο στο φύλλο συμμόρφωσης όσο και στο Prospectus, που υπεβλήθησαν από την προσφεύγουσα, αναγράφεται σαφώς ότι ο προσφερόμενος από αυτήν υπερηχοτομογράφος έχει δυναμικό εύρος (> 227 db), το οποίο υπολείπεται κατά πολύ του ζητούμενου από την οικεία τεχνική προδιαγραφή (>270 db), και, ως εκ τούτου, νομίμως απερρίφθη η τεχνική προσφορά της. Η ανωτέρω πλημμέλεια της τεχνικής προσφοράς της προσφεύγουσας δεν ήταν επουσιώδης ούτε συνίστατο σε ασάφεια ή πρόδηλο τυπικό σφάλμα που οφείλονταν σε προφανή και συνήθη παραδρομή. Η πλημμέλεια αυτή συνίστατο σε μη κάλυψη τεχνικής προδιαγραφής, η οποία προέκυπτε τόσο από το φύλλο συμμόρφωσης όσο και από το τεχνικό φυλλάδιο του κατασκευαστή και η οποία καθιστούσε την προσφορά της απορριπτέα. Η αναθέτουσα αρχή δεν είχε διακριτική ευχέρεια να ζητήσει διευκρινίσεις από την προσφεύγουσα, διότι οι διευκρινίσεις αυτές θα της παρείχαν τη δυνατότητα να επικαλεστεί το πρώτον τεχνικό χαρακτηριστικό του προσφερόμενου είδους, που η ίδια δήλωσε ότι το είδος αυτό δεν διαθέτει. Συνακολούθως απαραδέκτως υπεβλήθη το από 29.12.2020 υπόμνημα της προσφεύγουσας με το οποίο απαραδέκτως επιχειρείται τροποποίηση της τεχνικής προσφοράς της με τον για πρώτη φορά προβαλλόμενο ισχυρισμό ότι ο προσφερόμενος υπερηχοτομογράφος «έχει δυνατότητα απόδοσης δυναμικού εύρους, έως και 300 db». Σε κάθε περίπτωση ο ισχυρισμός αυτός είναι παντελώς αναπόδεικτος, καθώς δεν υποβάλλεται οποιοδήποτε σχετικό τεχνικό φυλλάδιο ή έστω υπεύθυνη δήλωση του κατασκευαστή. Άλλωστε η πλήρης ανακρίβεια του ισχυρισμού αυτού αποδεικνύεται από το συνυποβληθέν με την προσφορά της προσφεύγουσας επίσημο Prospectus του κατασκευαστή.

γ) Η με αριθ. 10 προδιαγραφή του κεφαλαίου «Λειτουργικά –Τεχνικά Χαρακτηριστικά» προβλέπει τα εξής: «Ρυθμός ανανέωσης εικόνας (framerate) > 2900 f/sec». Στη στήλη «περιγραφή προδιαγραφής» του φύλλου συμμόρφωσης της προσφεύγουσας (Σχετικό 1) αναγράφεται και πάλι μόνο το πρώτο σκέλος της προδιαγραφής [Ρυθμός ανανέωσης εικόνας (frame rate)],

ενώ σκοπίμως παραλείπεται το ζητούμενο αριθμητικό μέγεθος (>2900f/sec). Στη στήλη «προσφορά υποψήφιου προμηθευτή» του φύλλου συμμόρφωσης αναγράφονται τα εξής: «Ο προσφερόμενος έγχρωμος υπερηχοτομογράφος ... διαθέτει υψηλό ρυθμό ανανέωσης της εικόνας (FrameRate)ως ακολούθως: - 1,470fps εικόνων / δευτερόλεπτο στο 2D-499 fps εικόνων / δευτερόλεπτο στο ColorDoppler-360 fps εικόνων / δευτερόλεπτοστο Power Doppler-2,490 fps εικόνων / δευτερόλεπτοστο M-mode». Στη σελίδα 7 του Prospectus1(Σχετικό 3), στο οποίο παραπέμπει το φύλλο συμμόρφωσης, αναγράφονται σχετικά μόνο τα εξής: «Frame Rate: 1470 fps». Σύμφωνα με τους κανόνες της επιστήμης, κρίσιμος είναι ο ρυθμός ανανέωσης εικόνας στο 2D και όχι στο M-Mode(Motion mode). Συνεπώς από το φύλλο συμμόρφωσης της προσφεύγουσας προκύπτει ότι δεν καλύπτει την ανωτέρω προδιαγραφή, διότι ο ρυθμός ανανέωσης εικόνας στο 2D του προσφερόμενου από αυτήν υπερηχοτομογράφου (1.470 f/sec)υπολείπεται κατά πολύ του ζητούμενου (>2900 f/sec). Σε κάθε περίπτωση ο αναγραφόμενος στο φύλλο συμμόρφωσης ρυθμός ανανέωσης εικόνας στο M-mode(2.940f/sec), πέραν του ότι δεν έχει σχέση με το ζητούμενο, δεν αποδεικνύεται από τη σχετική παραπομπή στο τεχνικό φυλλάδιο του κατασκευαστή.Η ανωτέρω πλημμέλεια δεν συνιστά επουσιώδη ασάφειαή τυπικό σφάλμα εκ παραδρομής, δυνάμενο να θεραπευθεί με συμπλήρωση ή διόρθωση κατά τη διαδικασία του άρθρου 102 Ν. 4412/2012. Τούτο διότι τόσο από το φύλλο συμμόρφωσης όσο και από το Prospectus, που υπεβλήθησαν από την προσφεύγουσα, προκύπτει σαφώς ότι ητεχνική προσφορά της δεν πληροί την ανωτέρω προδιαγραφή. Η αναθέτουσα αρχή δεν είχε διακριτική ευχέρεια να ζητήσει διευκρινίσεις, διότι τούτο θα παρείχε στην αιτούσα δικαίωμα να επικαλεστεί το πρώτον τεχνικό χαρακτηριστικό του προσφερόμενου είδους που δήλωσε ότι δεν διαθέτει και να προσκομίσει προς απόδειξη το μη υποβληθέν με την προσφορά έγγραφο. Συνακολούθως απαραδέκτως υπεβλήθη το από 29.12.2020 υπόμνημα της προσφεύγουσας. Εν πάση περιπτώσει με το υπόμνημα αυτό επαναλαμβάνεται ότι ο ρυθμός ανανέωσης εικόνας είναι 2940 f/secστο M-mode, το οποίο, όπως

αναφέρθηκε, δεν είναι το ζητούμενο από την τεχνική προδιαγραφή. Επιπλέον με το υπόμνημα αυτό επιβεβαιώνεται ότι το ανωτέρω αριθμητικό μέγεθος «δεν αναγράφεται στο prospectus», ενώ δεν συνυποβάλλεται οποιοδήποτε έγγραφο προς τεκμηρίωση αυτούτου αριθμητικού μεγέθους (το οποίο, ούτως ή άλλως, δεν θα μπορούσε να ληφθεί υπόψη).

δ) Η με αριθ. 12 προδιαγραφή του κεφαλαίου «Λειτουργικά –Τεχνικά Χαρακτηριστικά» προβλέπει τα εξής: «Βάθος σάρωσης: Τουλάχιστον 40 cm». Στη στήλη «περιγραφή προδιαγραφής» του φύλλου συμμόρφωσης της προσφεύγουσας (Σχετικό 1) αναγράφεται και πάλι μόνο το πρώτο σκέλος της προδιαγραφής (Βάθος σάρωσης), ενώ παραλείπεται σκοπίμως το ζητούμενο αριθμητικό μέγεθος (Τουλάχιστον 40cm). Στη στήλη «προσφορά υποψηφίου του προμηθευτή» του φύλλου συμμόρφωσης αναγράφονται τα εξής: «Ο προσφερόμενος έγχρωμος υπερηχοτομογράφος ... έχει δυνατότητα απεικόνισης: α) βάθος σάρωσης στην δισδιάστατη απεικόνιση 2D30 cm, β) βάθος εξέτασης με κεφαλή pencilπροσδιοριστο». Στη σελίδα 13 του Prospectus 2 (Σχετικό 3), στην οποία παραπέμπει το φύλλο συμμόρφωσης, αναγράφονται σχετικά τα εξής: «User-adjustable display depth: transducer dependent 1 cm to 30 cm(0,39 inX11.8 in)». Από το γεγονός ότι η κεφαλή pencil, η οποία, ως γνωστόν, δεν είναι απεικονιστική κεφαλή, δεν συμπεριλαμβάνεται στις ζητούμενες από τις τεχνικές προδιαγραφές κεφαλές (βλ. κεφάλαιο «τύποι ηχοβόλων κεφαλών»), προκύπτει σαφώς ότι το απαιτούμενο από την τεχνική προδιαγραφή βάθος σάρωσης δεν αφορά στην κεφαλή pencil. Εν πάση περιπτώσει ούτε στο φύλλο συμμόρφωσης αναγράφεται ούτε από το Prospectus αποδεικνύεται ότι το (μη ζητούμενο) βάθος σάρωσης με την κεφαλή pencil είναι τουλάχιστον 40 cm. Ομοίως η πλημμέλεια αυτή δεν συνιστούσε επουσιώδη πλημμέλεια ή τυπικό σφάλμα εκ παραδρομής,θεραπεύσιμο με την παροχή διευκρινίσεων, κατ' άρθρο 102 Ν. 4413/2016. Η αναθέτουσα αρχή δεν είχε τη διακριτική ευχέρεια να ζητήσει διευκρινίσεις, διότι έτσι θα δινόταν στην προσφεύγουσα η δυνατότητα να επικαλεστεί το πρώτον τεχνικό χαρακτηριστικό του προαναφερθέντος από

αυτήν είδους και να προσκομίσει προς απόδειξή του μη συνυποβληθέν με την προσφορά της έγγραφο.Συνακολούθως απαραδέκτως υπεβλήθη από την προσφεύγουσα το από 29.12.2020 υπόμνημά της, με το οποίο επιχειρείται τροποποίηση της προσφοράς της με την υποβολή για πρώτη φορά του ισχυρισμού ότι ο προσφερόμενος υπερηχοτομογράφος «διαθέτει βάθος σάρωσης έως και 40 cm ανάλογα με την ηχοβόλο κεφαλή (απεικόνισης ή μη απεικόνισης) και τη γωνία σάρωσης, τη συχνότητα εκπομπής καθώς και το εύρος σάρωσης». Άλλωστε, όπως αναφέρθηκε, είναι αδιάφορο το βάθος σάρωσης με κεφαλή «μη απεικόνισης», η οποία, ούτως ή άλλως, δεν ζητείται από τη διακήρυξη. Ωστόσο, ακόμη και αυτός (ο απαράδεκτος και αλυσιτελής) ισχυρισμός δεν αποδεικνύεται από οποιοδήποτε έγγραφο.Από τα ανωτέρω καθίσταται σαφές ότι η αναθέτουσα αρχή κατά δεσμία αρμοδιότητα απέρριψε την τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας λόγω μη πλήρωσης τεσσάρων από τις τεχνικές προδιαγραφές, οι οποίες στο σύνολό τους προβλέπονται επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, μη έχουσα η αρχή αυτή τη διακριτική ευχέρεια να ζητήσει διευκρινίσεις, διότι δεν συνέτρεχαν οι προϋποθέσεις του άρθρου 102 Ν. 4412/2016, καθισταμένου ως εκ τούτου απαραδέκτου του από 29.12.2020 υπομνήματος της προσφεύγουσας, το οποίο, ούτως ή άλλως, επιβεβαιώνει τη μη πλήρωση των σχετικών προδιαγραφών από την τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας και την έλλειψη αποδεικτικών της πλήρωσης αυτών των προδιαγραφών εγγράφων.

2. Επί του δεύτερου λόγου της προσφυγής Ο δεύτερος λόγος της προσφυγής, ο οποίος στρέφεται κατά της αποδοχής της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας μας είναι απαράδεκτος και αβάσιμος, όπως εκτίθεται κατωτέρω:

2.1 Απαράδέκτως η αιτούσα, της οποίας η τεχνική προσφορά απερρίφθη νομίμως κατά τα ανωτέρω, προβάλλει αιτιάσεις κατά της αποδοχής της προσφοράς της εταιρείας μας, η οποία ανακηρύχθηκε προσωρινή ανάδοχος, χωρίς να προβάλλει αιτιάσεις και κατά των λοιπών δύο συμμετεχουσών στο διαγωνισμό για το είδος 8 εταιρειών, ... και ..., των οποίων τα δικαιολογητικά συμμετοχής και οι τεχνικές προσφορές έγιναν δεκτά. Όπως έγινε δεκτό με τη

ΣΤΕ ΕΑ (Ολομ.) 235/2019, αναγνωρίζεται στο διαγωνιζόμενο που αποκλείσθηκε και προσέβαλε επικαίρως μεν, πλην ανεπιτυχώς, τον αποκλεισμό του, έννομο συμφέρον να επιδιώξει δικαστικώς τον αποκλεισμό των ανταγωνιστών του και, κατ' αποτέλεσμα, την ματαίωση της ανάθεσης σε κάποιον από αυτούς της σύμβασης, ως τέτοιας νοουμένης, όχι μόνον της σύμβασης, στη σύναψη της οποίας καταλήγει η προς ματαίωση διαγωνιστική διαδικασία, αλλά και της σύμβασης, στην οποία θα καταλήξει ενδεχόμενη κίνηση νέας διαγωνιστικής διαδικασίας, υπό την προϋπόθεση ότι το αντικείμενο της νεότερης σύμβασης θα είναι, κατά τα ουσιώδη χαρακτηριστικά του, όμοιο με αυτό της αρχικής και ότι ο αποκλεισθείς θα μπορούσε να έχει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις για τη συμμετοχή του στην εν λόγω νέα διαγωνιστική διαδικασία. Αδιάφορος για τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του αποκλεισθέντος είναι ο αριθμός των συνδιαγωνιζομένων του, ο αποκλεισθείς, ωστόσο, πρέπει, προκειμένου να είναι κατ' αρχήν λυσιτελής η προβολή των σχετικών αιτιάσεων, να πλήττει την συμμετοχή απάντων ανεξαιρέτως των συνδιαγωνιζομένων του στα επόμενα στάδια της διαδικασίας ανάθεσης της σύμβασης (σκ. 28).

Εν προκειμένω με τη με αριθ. πρωτ. 15707 απόφαση του Δ.Σ. της ..., ληφθείσας κατά τη με αριθ. 530/30.12.2020 συνεδρίασή του, απερρίφθη η τεχνική προσφορά της ... για το είδος 8, ενώ έγιναν δεκτές οι τεχνικές προσφορές για το είδος αυτό των εταιρειών ..., ... και της εταιρείας μας, η οποία ανακηρύχθηκε προσωρινή ανάδοχος. Σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά με την ανωτέρω απόφαση (και με την ΑΕΠΠ 10/2020), προκειμένου να είναι λυσιτελής η προβολή αιτιάσεων κατά της αποδοχής της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας μας από την προσφεύγουσα, της οποίας η τεχνική προσφορά απερρίφθη νομίμως, θα έπρεπε αυτή να πλήττει τη συμμετοχή και των λοιπών δύο εταιρειών, των οποίων οι τεχνικές προσφορές έγιναν δεκτές. Όμως με την υπό κρίσιν προσφυγή δεν προβάλλονται αιτιάσεις κατά των τεχνικών προσφορών των ανωτέρω εταιρειών και, ως εκ τούτου, απαραδέκτως



προβάλλονται αιτιάσεις κατά της αποδοχής της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας μας.[...]

3.Επί του τρίτου λόγου της προσφυγής Ο τρίτος λόγος της προσφυγής, με τον οποίο προβάλλεται ότι οι τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης δεν είναι πρόσφορες για τη χρήση για την οποία προορίζονται οι υπό προμήθεια υπερηχοτομογράφοι, δηλαδή για την εξυπηρέτηση των αναγκών ΜΕΘ, δια της επικλήσεως των όρων άλλων διακηρύξεων προμήθειας του ίδιου είδους, κατά παράβαση της αρχής της αυτοτέλειας κάθε διαγωνιστικής διαδικασίας (ΣτΕ ΕΑ 72/2015, 269/2014, 416/2013κ.α.), είναι απορριπτέος προεχόντως ως απαράδεκτος, διότι δι' αυτού αμφισβητείται στο στάδιο αξιολόγησης των υποβληθεισών προσφορών η νομιμότητα τεχνικών προδιαγραφών, το κύρος των οποίων δεν είχε προσβληθεί με την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της πρόσκλησης της ... από την προσφεύγουσα, η οποία συμμετείχε στο διαγωνισμό, χωρίς να διατυπώσει επιφύλαξη ως προς τη νομιμότητα αυτών των προδιαγραφών (ΣτΕ 1573, 2025/2019, 2553/2017, 3921/2013κ.α.). Παρέλκει, συνεπώς, η αντίκρουση των σχετικών ισχυρισμών επί της ουσίας.Εξάλλου δεν υφίσταται πεδίο εφαρμογής της επικαλούμενης από την προσφεύγουσα αρχή της αναλογικότητας, διότι δεν υφίσταται, όπως εκτέθηκε ανωτέρω υπό 1.2, διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να αποδεχθεί προσφορά μη πληρούσα τεχνικές προδιαγραφές της πρόσκλησης αλλά δεσμία αρμοδιότητα της για την απόρριψη αυτών των προσφορών».

18. Επειδή ο προσφεύγων στο υπόμνημά του προβάλλει τα ακόλουθα :

**« ΕΠΙ ΤΩΝ ΛΟΓΩΝ ΑΠΟΡΡΙΨΗΣ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΜΑΣ**

[...] είναι προφανές ότι η αναθέτουσα αρχή αντιμετώπισε άνισα και άδικα τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς στο διαγωνισμό αυτό. Το γεγονός ότι αποδέχτηκε ορισμένες προσφορές που δεν πληρούσαν απαράβατους και επί ποινή αποκλεισμού όρους της διακήρυξης, ενώ σε άλλες έμεινε πιστή στο γράμμα του νόμου και της διακήρυξης, προφανώς και αποτελεί παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των συμμετεχόντων, της αμεροληψίας, της ασφάλειας του δικαίου και της αναλογικότητας, όπως αναλυτικά περιγράφουμε

στην υπό κρίση προσφυγή μας. (βλ. σελ. 16-17) Η άνιση αυτή αξιολόγηση των προσφορών των συμμετέχοντων φορέων, αφορά σε τρία (3) διαφορετικά είδη, όπως προαναφέραμε, του διαγωνισμού και όχι σε ένα (1), όπως υποστηρίζει στις απόψεις της η αναθέτουσα αρχή (βλ. σελ 23 αυτών) και επομένως δεν αποτελεί «μεμονωμένο περιστατικό ιδιαίτερης μάλιστα περίπτωσης, με βάση τα πραγματικά περιστατικά»!! Όπως αναφέρουμε αναλυτικά και στην προσφυγή μας, η αναθέτουσα αρχή για κάποιες αναντιστοιχίες σε προσφορές ορισμένων συμμετεχόντων οικονομικών φορέων, έκρινε ότι αυτές ήταν «επουσιώδεις» αν και από τη διακήρυξη ήταν σαφές ότι είχαν υποχρεωτικό χαρακτήρα και άρα θα έπρεπε υπό κανονικές συνθήκες να αποκλειστούν. Για λόγους, όμως άγνωστους σε εμάς και προφανώς εσφαλμένα η αναθέτουσα αρχή αντί να τις απορρίψει, τις ενέκρινε. Η τακτική αυτή, παρόλα αυτά, δεν ακολουθήθηκε και στην περίπτωση της δικής μας προσφοράς. Αντιθέτως, στηριζόμενη αποκλειστικά και μόνο στο γράμμα της διακήρυξης, έκρινε ότι λόγω φαινομένης μόνο τελικά απόκλισης της προσφοράς μας από τις απαιτήσεις της διακήρυξης, πρέπει να αποκλειστούμε από τη συνέχεια του διαγωνισμού. Εν συνεχεία, η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της προβαίνει σε μια ανούσια ανάλυση (βλ. σελ. 21 και εντεύθεν των απόψεων της αναθέτουσας) του από 29/12/2020 υπομνήματος μας, το οποίο εμείς πρώτοι έχουμε παραδεχτεί ότι το υποβάλαμε εκπρόθεσμα και ότι δεν ήταν δυνατόν να ληφθεί υπόψη της αρμόδιας επιτροπής. Επαναλαμβάνουμε, ότι ο σκοπός της αναφοράς σε αυτό στην Προσφυγή μας είναι η απόδειξη ότι το μηχανήμα μας πληροί στην πραγματικότητα τις προδιαγραφές της διακήρυξης. Από τη στιγμή, μάλιστα, που όπως αποδείχτηκε η αναθέτουσα αρχή αντιμετώπισε με κάποια ελαστικότητα ορισμένες προσφορές, θεωρήσαμε ότι –στα πλαίσια του κρίσιμου και επείγοντος χαρακτήρα του διαγωνισμού- θα ήταν εύλογο να γνωστοποιήσουμε τις πραγματικές τεχνικές προδιαγραφές του μηχανήματός μας, καθώς για ορισμένες απ’ αυτές δεν μπορέσαμε να τεκμηριώσουμε την πραγματική αντιστοιχία με τις απαιτήσεις της διακήρυξης. [...]

Γ) Επί του τρίτου λόγου της Προσφυγής μας, η αναθέτουσα κατ' αρχήν διατείνεται ότι προσβάλλουμε εμμέσως τις τεχνικές προδιαγραφές του διαγωνισμού ισχυριζόμενοι ότι οι τεχνικές προδιαγραφές που τίθενται στη διακήρυξη ουσιαστικά αναφέρονται σε μηχανήμα που μπορεί να ανταποκριθεί στις απαιτήσεις του Ακτινολογικού Τμήματος ενός νοσοκομείου και όχι μιας ΜΕΘ. [...] Επαναλαμβάνουμε ότι σκοπός της εν λόγω αναφοράς μας αποτελεί το γεγονός ότι ναι μεν οι τιθέμενες προδιαγραφές δεν μπορούν να παρέχουν σε μία ΜΕΘ το πλέον κατάλληλο μηχανήμα, από την άλλη όμως προκειμένου να καλυφθεί το κενό αυτό (μεταξύ τιθέμενων τεχνικών προδιαγραφών και σκοπού της διακήρυξης) η αναθέτουσα αρχή, κατά το στάδιο αξιολόγησης των προσφορών και κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας, όφειλε να αντιμετωπίσει όλους τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς, για κάθε είδος του διαγωνισμού που εκείνοι συμμετείχαν, με ίσο τρόπο και με την ίδια ελαστικότητα όπως αντιμετώπισε ορισμένες προσφορές που υπό κανονικές συνθήκες θα έπρεπε να έχουν απορριφθεί. Επί των απόψεων της, η αναθέτουσα ισχυρίζεται ότι δεν χωρεί εφαρμογή των αρχών της αναλογικότητας και της χρηστής διοίκησης στις περιπτώσεις όπου η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εφαρμόσει συγκεκριμένη διάταξη και κατά τον νόμο και την διακήρυξη ενεργεί κατά δέσμια αρμοδιότητα..... Τέτοια ευχέρεια αναγνωρίζεται στην αναθέτουσα αρχή κατά το στάδιο κατάρτισης των όρων της διακήρυξης και όχι κατά το στάδιο αξιολόγησης των προσφορών, κατά το οποίο, η αναθέτουσα αρχή, κατ' αρχήν κατά δέσμια αρμοδιότητα κρίνει τις προσφορές επί ίσοις όροις και με προσήλωση στην λεκτική αποτύπωση των όρων της κανονιστικής πράξης στα πλαίσια της αρχής της τυπικότητας, απορρίπτοντας, ομοίως, κατά δέσμια αρμοδιότητα προσφορά που παραβιάζει απαράβατους όρους της διακήρυξης.» Και το λογικό ερώτημα που ανακύπτει μετά τους ως άνω ισχυρισμούς της αναθέτουσας είναι: «Γιατί δεν έκανε αυτά που υποστηρίζει τώρα;;;». Από τη μία υποστηρίζει ότι έχει δέσμια αρμοδιότητα να τηρεί κατά γράμμα το νόμο και τη διακήρυξη, αποκλείοντας προσφορές που δεν πληρούν απαράβατους όρους της διακήρυξης και από την άλλη

εφαρμόζει το ακριβώς αντίθετο! Αποδέχεται ορισμένες προσφορές που αποκλίνουν από απαράβατους όρους της διακήρυξης, κρίνοντας ως επουσιώδεις τις αποκλίσεις αυτές και αντιθέτως για ορισμένες άλλες προσφορές επιλέγει να εφαρμόσει απαρέγκλιτα τις απαιτήσεις της διακήρυξης και του νόμου!![...]]».

19. Επειδή το άρθρο 18 του Ν.4412/2016 ορίζει ότι: «1. 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[...]]».

20. Επειδή το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 ορίζει 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 : [.....]ε) ακριβή περιγραφή του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης [...] ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης, [...]]ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς [...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.), [...]]».

21. Επειδή το άρθρο 54 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται στην περίπτωση 1 του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α΄ παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. Τα χαρακτηριστικά αυτά μπορεί επίσης να αναφέρονται στη συγκεκριμένη διαδικασία ή μέθοδο παραγωγής ή παροχής των ζητούμενων έργων, αγαθών

ή υπηρεσιών ή σε ειδική διαδικασία άλλου σταδίου του κύκλου ζωής τους, ακόμη και αν οι παράγοντες αυτοί δεν αποτελούν μέρος της υλικής τους υπόστασης, υπό την προϋπόθεση ότι συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης και είναι ανάλογα με την αξία και τους σκοπούς της.[...]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 δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό.[...] 7. Οι τεχνικές προδιαγραφές καθορίζονται και εγκρίνονται πριν την έναρξη της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης κατά το άρθρο 61.[...].».

22. Επειδή το άρθρο 91 του Ν.4412/2016 ορίζει ότι: «1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. 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 [...]».

23. Επειδή το άρθρο 92 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «...4. Στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων προμηθειών και γενικών υπηρεσιών ο φάκελος της τεχνικής προσφοράς περιέχει ιδίως τα έγγραφα και τα δικαιολογητικά που τεκμηριώνουν την τεχνική επάρκεια, χρησιμοποιούνται για την αξιολόγηση των προσφορών και περιγράφονται στα έγγραφα της σύμβασης».

24. Επειδή το άρθρο 102 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες ή τους υποψηφίους να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή

δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν λαμβάνεται υπόψη. 2. Η πιο πάνω διευκρίνιση ή η συμπλήρωση αφορά μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, ιδίως δε παράλειψη μονογραφών, διακεκομμένη αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της σύμβασης, που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους, ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία, πλημμελής σήμανση αντιγράφων που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74), μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων, διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από τα υποδείγματα, υποχρεωτικά ή μη, που θεσπίζονται με νόμο, κανονιστικές πράξεις ή τα έγγραφα της σύμβασης. Η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση, κατά το πρώτο εδάφιο, δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί. 3. Η διευκρίνιση ή η συμπλήρωση δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης. 4. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες να διευκρινίσουν, μέσα σε εύλογη προθεσμία η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης της σχετικής πρόσκλησης, το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς που έχουν υποβάλει, αν περιέχει ασάφειες ή σσωνος

σημασίας ατέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα που η αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι μπορεί να θεραπευθούν. Η διευκρίνιση αυτή δεν πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς και δεν πρέπει να προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στη συγκεκριμένη προσφορά σε σχέση με τις λοιπές. 5. Η παροχή της δυνατότητας διευκρινίσεων στον προσφέροντα ή υποψήφιο, σύμφωνα με τις υποπαραγράφους 1 έως 4, είναι υποχρεωτική για την αναθέτουσα αρχή, αν επίκειται αποκλεισμός του από τη διαδικασία, λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς».

25. Επειδή στους όρους της πρόσκλησης προβλέπεται ότι : « [...] ο διαγωνισμός θα διενεργηθεί σύμφωνα με τα παραρτήματα που επισυνάπτονται στην παρούσα και αποτελούν αναπόσπαστο μέρος αυτής:

ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ – ΣΥΝΟΠΤΙΚΑ ΣΤΟΙΧΕΙΑ ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Α΄

ΣΥΜΠΛΗΡΩΜΑΤΙΚΟΙ ΓΕΝΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Β΄ [...] ]

ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΣΤ [...] ]

ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ ΤΗΣ ΠΡΟΣΚΛΗΣΗΣ είναι η επείγουσα προμήθεια:

[...] 8) Δεκαπέντε (15) Υπερηχογράφων [...] ]

ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Β΄ ΣΥΜΠΛΗΡΩΜΑΤΙΚΟΙ ΓΕΝΙΚΟΙ ΟΡΟΙ

1. ΚΑΤΑΡΤΙΣΗ ΚΑΙ ΥΠΟΒΟΛΗ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ

[...]1.9 Διευκρινίσεις που παρέχονται από τους προσφέροντες οποτεδήποτε μετά την λήξη χρόνου υποβολής των προσφορών τους δεν γίνονται δεκτές και απορρίπτονται ως απαράδεκτες.

1.10. Διευκρινίσεις παρέχονται μόνο όταν ζητούνται αρμοδίως

1.11. Πέραν της κύριας προσφοράς δεν γίνονται δεκτές αντιπροσφορές ή εναλλακτικές προσφορές [...] ]

2. ΦΑΚΕΛΟΣ «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ – ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ»

[...] 2.2. «ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» Η τεχνική προσφορά πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την Αναθέτουσα Αρχή με το κεφάλαιο “Τεχνικές Προδιαγραφές” του Παραρτήματος ΣΤ΄ της

παρούσας, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται.[...]

**ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΣΤ' ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ**

**[...]8. ΥΠΕΡΗΧΟΓΡΑΦΟΣ**

**ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΥΠΕΡΗΧΟΤΟΜΟΓΡΑΦΟΥ ΓΕΝΙΚΗΣ ΧΡΗΣΗΣ  
ΓΕΝΙΚΑ- ΣΥΝΘΕΣΗ ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ**

[...] 3. Ηχοβόλο κεφαλή *Matrix Linear Array* άνω των χιλίων (1000) κρυστάλλων 5cm τουλάχιστον, ευρέως φάσματος συχνοτήτων (10.0- 15.0 MHz) κατάλληλη για εξετάσεις επιφανειακών οργάνων υψηλής διακριτικής ικανότητας.[...]

**ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΚΑ - ΤΕΧΝΙΚΑ ΧΑΡΑΚΤΗΡΙΣΤΙΚΑ**

[...] Δυναμικό εύρος (*Dynamic range*)  $\geq 270$  db

Ρυθμός ανανέωσης εικόνας (*frame rate*)  $\geq 2900$  f/sec [...]

Βάθος σάρωσης Τουλάχιστον 40 cm [...]

26. 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 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 συνολολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Επομένως, 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.



27. 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). 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).

28. 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.

29. Επειδή, οι τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης συνιστούν ουσιώδεις και απαραίτατους όρους και μάλιστα επί ποινή αποκλεισμού, καθιστώντας απορριπτέα κάθε αποκλίνουσα προσφορά, κατά πάγια νομολογία των Δικαστηρίων (ΣτΕ ΕΑ 409/2009, ΔΕφΑθ Αναστ. 350/2013, 545/2014, 446/2015).

30. Επειδή, 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).

31. 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 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).

32. Επειδή, 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., 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). Συγκεκριμένα, αν γινόταν δεκτό ότι η αναθέτουσα αρχή έχει την εξουσία να ζητεί διευκρινίσεις από συγκεκριμένο υποψήφιο την προσφορά του οποίου κρίνει ανακριβή ή μη σύμφωνη με τις τεχνικές προδιαγραφές της συγγραφής υποχρεώσεων, η εν λόγω αρχή θα κινδύνευε να θεωρηθεί ύποπτη, σε περίπτωση που τελικώς επέλεγε την επίμαχη προσφορά, ότι διεξήγαγε μυστικές διαπραγματεύσεις με τον οικείο υποψήφιο, εις βάρος των λοιπών υποψηφίων και κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης (απόφαση της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 37). Εντούτοις, το Δικαστήριο έχει κρίνει επίσης ότι η αρχή της ίσης μεταχείρισης δεν απαγορεύει

τη διόρθωση ή κατά περίπτωση συμπλήρωση της προσφοράς, μεταξύ άλλων, επειδή απαιτείται προφανώς η απλή διευκρίνισή της ή η διόρθωση πρόδηλων εκ παραδρομής σφαλμάτων, υπό τον όρο ωστόσο ότι θα τηρηθούν ορισμένες προϋποθέσεις. Η δε αίτηση διευκρίνισης 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). Επιπροσθέτως η αναθέτουσα αρχή, κατά την άσκηση της ευχέρειας εκτιμήσεως που διαθέτει όσον αφορά τη δυνατότητα να ζητήσει από τους υποψήφιους να διευκρινίσουν την προσφορά τους, πρέπει να μεταχειρίζεται τους υποψήφιους με ισότιμο και ειλικρινή τρόπο, κατά τρόπο ώστε μια αίτηση διευκρίνισης να μη δύναται, κατά το πέρας της διαδικασίας επιλογής των προσφορών και λαμβανομένου υπόψη του αποτελέσματός της, να εκληφθεί ως έχουσα αδικαιολογήτως περιαγάγει σε ευμενή ή δυσμενή θέση τον υποψήφιο ή τους υποψήφιους τους οποίους αφορά η αίτηση αυτή (απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 37, απόφαση της 6ης Νοεμβρίου 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, σκέψη 43)».

33. Επειδή όπως έχει παγίως κριθεί από τη νομολογία, 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 παρεμπόπτοντα 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). Συνεπώς, λόγοι που αφορούν τους όρους της Διακήρυξης ή και προγενέστερο στάδιο του

διαγωνισμού προβάλλονται ανεπικαίρως στο παρόν στάδιο κι επομένως απαραδέκτως (βλ. ΣτΕ 2770/2013, 5690/1996, 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ., 1415/2000 Ολομ., 3602/2005 επταμ., 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).

34. Επειδή στον όρο 2.2 της πρόσκλησης ορίζεται ότι η τεχνική προσφορά περιλαμβάνει όλα τα έγγραφα με τα οποία αποδεικνύεται η πλήρωση των τεχνικών προδιαγραφών του Παραρτήματος ΣΤ΄ της πρόσκλησης. Ειδικότερα, στο Παράρτημα ΣΤ΄ της πρόσκλησης τίθενται ως τεχνικές προδιαγραφές του είδους με α/α 8—υπερηχογράφος να διαθέτει, μεταξύ άλλων, ηχοβόλο κεφαλή Matrix Linear Array άνω των χιλίων (1000) κρυστάλλων, δυναμικό εύρος (Dynamic range)  $\geq 270$  db, ρυθμό ανανέωσης εικόνας (frame rate)  $\geq 2900$  f/sec και βάθος σάρωσης τουλάχιστον 40 cm. Επομένως, σύμφωνα και με τα εκτεθέντα υπό σκέψεις 26-31, η αναθέτουσα αρχή οφείλει, κατά δεσμία αρμοδιότητα, να αποκλείσει προσφορά η οποία παρουσιάζει αποκλίσεις από τις τεχνικές προδιαγραφές του Παραρτήματος ΣΤ΄ της πρόσκλησης.

35. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, ο προσφεύγων δεν απέδειξε εκ των υποβληθέντων με την προσφορά του εγγράφων ότι το προσφερόμενο από αυτό μοντέλο έγχρωμου υπερηχογράφου ... πληροί της τεχνικές προδιαγραφές του Παραρτήματος ΣΤ΄ της πρόσκλησης, ως βασίμως υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή και συνομολογεί ο προσφεύγων. Ειδικότερα, στο υποβληθέν με την προσφορά του προσφεύγοντος φύλλο συμμόρφωσης δεν αναγράφεται ούτε ότι η προσφερόμενη ηχοβόλος κεφαλή πληροί την τεχνική προδιαγραφή των 1.000 κρυστάλλων ούτε ότι το βάθος σάρωσης με την κεφαλή είναι τουλάχιστον 40 cm, ως απαιτείται από την πρόσκληση, ενώ από τις παραπομπές στο τεχνικό φυλλάδιο του κατασκευαστή δεν αποδεικνύεται η πλήρωση των επίμαχων προδιαγραφών, ως βασίμως υποστηρίζει ο παρεμβαίνων. Επίσης, ως προς

την απαίτηση περί δυναμικού εύρους (*Dynamic range*) > 270 db, στο υποβληθέν φύλλο συμμόρφωσης αλλά και στο τεχνικό φυλλάδιο του προσφεύγοντος αναφέρεται ότι ο προσφερόμενος έγχρωμος υπερηχοτομογράφος ... έχει δυνατότητα απεικόνισης σε υψηλό δυναμικό εύρος *total Dynamic range* > 227 db και άρα δεν πληροί τη σχετική προδιαγραφή. Πέραν των ανωτέρω, στο υποβληθέν με την προσφορά του προσφεύγοντος φύλλο συμμόρφωσης δηλώνεται ότι ο προσφερόμενος έγχρωμος υπερηχοτομογράφος ... διαθέτει υψηλό ρυθμό ανανέωσης της εικόνας (*FrameRate*) 1,470fps εικόνων/δευτερόλεπτο στο ρυθμό 2D και 2,940 fps εικόνων/ δευτερόλεπτο στο ρυθμό M-mode», στο δε σχετικό τεχνικό φυλλάδιο αναγράφεται μόνον «*Frame Rate: 1470 fps*». Συνεπώς από το φύλλο συμμόρφωσης του προσφεύγοντος προκύπτει η κάλυψη της ζητούμενης προδιαγραφής ρυθμού ανανέωσης εικόνας >2900 f/sec, μόνο στο ρυθμό M-mode, ενώ ουδόλως ζητείται τούτο από την πρόσκληση, σε κάθε δε περίπτωση ο αναγραφόμενος στο φύλλο συμμόρφωσης ρυθμός ανανέωσης εικόνας στο M-mode δεν αποδεικνύεται από τη σχετική παραπομπή στο τεχνικό φυλλάδιο του κατασκευαστή.

36. Επειδή, περαιτέρω, την 29.12.2020, ήτοι μετά την ημερομηνία υποβολής των προσφορών, ο προσφεύγων υπέβαλε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού υπόμνημα στο οποίο αναφέρονται τα ακόλουθα : « *[...]Λόγω της επείγουσας διαδικασίας και της αμεσότητας για τη διενέργεια του διαγωνισμού, η εταιρεία μας ήρθε σε επικοινωνία με τον Κατασκευαστικό Οίκο και επιθυμεί να σας διευκρινίσει τα παρακάτω τεχνικά χαρακτηριστικά:*

1. *Απαίτηση Διαγωνισμού Δυναμικό εύρος (Dynamic range) ≥270 db Όπως αναφέρει η απάντηση στο Φύλλο Συμμόρφωσης της προσφοράς μας «Ο προσφερόμενος έγχρωμος υπερηχοτομογράφος ... έχει δυνατότητα απεικόνισης σε υψηλό δυναμικό εύρος total Dynamic range > 227dB.».* Σας διευκρινίζουμε πως το προσφερόμενο μηχάνημα υπερηχογραφίας ..., έχει δυνατότητα απόδοσης δυναμικού εύρους, έως και 300db.

2. Απαίτηση Διαγωνισμού Ρυθμός ανανέωσης εικόνας (frame rate)  $\geq 2900$  f/sec

Όπως αναφέρει η απάντηση στο Φύλλο Συμμόρφωσης της προσφοράς μας:

Ο προσφερόμενος έγχρωμος υπερηχοτομογράφος ... διαθέτει υψηλό ρυθμό ανανέωσης της εικόνας (Frame Rate) ως ακολούθως:

☐ 1,470 fps εικόνων / δευτερόλεπτο στο 2D

☐ 499 fps εικόνων / δευτερόλεπτο στο Color Doppler

☐ 360 fps εικόνων / δευτερόλεπτο στο Power Doppler

☐ 2,940 fps εικόνων / δευτερόλεπτο στο M-mode Σας διευκρινίζουμε πως ο προσφερόμενος έγχρωμος υπερηχοτομογράφος ... διαθέτει μέγιστο ρυθμό ανανέωσης της εικόνας (Frame Rate) 2,940 fps εικόνων / δευτερόλεπτο το οποίο επιτυγχάνεται στην τεχνική απεικόνισης M-mode (Motion mode).

3. Απαίτηση Διαγωνισμού Βάθος σάρωσης Τουλάχιστον 40 cm

Όπως αναφέρει η απάντηση στο Φύλλο Συμμόρφωσης της προσφοράς μας:

Ο προσφερόμενος έγχρωμος υπερηχοτομογράφος ... έχει δυνατότητα απεικόνισης:

βάθος σάρωσης στην δισδιάστατη απεικόνιση 2D 30 cm

βάθος εξέτασης με κεφαλή pencil απροσδιόριστο.

Σας διευκρινίζουμε πως ο προσφερόμενος έγχρωμος υπερηχοτομογράφος ... διαθέτει βάθος σάρωσης έως και 40cm ανάλογα με την ηχοβόλο κεφαλή (απεικόνισης ή μη απεικόνισης) και τη γωνία σάρωσης, τη συχνότητα εκπομπής καθώς και το εύρος σάρωσης.

4. Απαίτηση Διαγωνισμού Ηχοβόλο κεφαλή Matrix Linear Array άνω των χιλίων (1000) κρυστάλλων 5cm τουλάχιστον, ευρέως φάσματος συχνοτήτων (10.0-15.0 MHz) κατάλληλη για εξετάσεις επιφανειακών οργάνων υψηλής διακριτικής ικανότητας.

Όπως αναφέρει η απάντηση στο Φύλλο Συμμόρφωσης της προσφοράς μας:

3. Ηχοβόλο κεφαλή ... , ευρέως φάσματος συχνοτήτων 4.6 έως 17.8 MHz, της πλέον σύγχρονης τεχνολογίας, με συστοιχία κρυστάλλων hanafy lens, 1D για άριστη διακριτική ικανότητα σε εξετάσεις επιφανειακών οργάνων,

περιφερειακών και εν τω βάθει αγγείων, καθώς και μυοσκελετικού. Διαθέτει *physical footprint* 69,22 x 16,48 mm. Η κεφαλή διαθέτει τη δυνατότητα να δέχεται σύστημα διενέργειας βιοψιών.

Σας διευκρινίζουμε πως ο προσφερόμενος έγχρωμος υπερηχοτομογράφος ... περιλαμβάνει στη βασική του σύνθεση την ηχοβόλο κεφαλή ... , ευρέως φάσματος συχνοτήτων 4.6 έως 17.8 MHz, της πλέον σύγχρονης τεχνολογίας, με μοναδική τεχνολογία συστοιχίας κρυστάλλων *hannafy lens*, 1D για άριστη διακριτική ικανότητα με 1,152 κρυστάλλους σε εξετάσεις επιφανειακών οργάνων, περιφερειακών και εν τω βάθει αγγείων, καθώς και μυοσκελετικού». Ωστόσο, το εν λόγω υπόμνημα δεν μπορεί να ληφθεί υπόψη καθώς δεν υποβλήθηκε με τα έγγραφα της προσφοράς του προσφεύγοντος, ούτε προσκομίστηκε κατόπιν αιτήματος διευκρινίσεων της αναθέτουσας αρχής και άρα τυχόν αποδοχή του, κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψη 32, θα συνιστούσε ανεπίτρεπτη εκ των υστέρων τροποποίηση της προσφοράς του προσφεύγοντος, ως βασίμως ισχυρίζονται η αναθέτουσα αρχή και ο παρεμβαίνων. Ο δε ισχυρισμός του προσφεύγοντος ότι εκ των εγγράφων της προσφοράς του προκύπτει ασάφεια και άρα όφειλε η αναθέτουσα αρχή να τον καλέσει προς παροχή διευκρινίσεων κατ' άρθρον 102 του ν. 4412/2016 ερείδεται επί εσφαλμένης προϋπόθεσης καθώς αφενός μεν, ως έχει εκτεθεί στην προηγούμενη σκέψη, εκ των υποβληθέντων με την προσφορά του προσφεύγοντος εγγράφων δεν δημιουργείται ασάφεια αλλά τουναντίον δεν αποδεικνύεται η πλήρωση των τεχνικών προδιαγραφών, αφετέρου το από 29.12.2020 υπόμνημα δεν αποτελεί έγγραφο της προσφοράς του προσφεύγοντος καθόσον έχει προσκομιστεί σε μεταγενέστερο στάδιο κατά παράβαση του όρου 1.9 της πρόσκλησης. Ακόμη όμως και αν ήθελε γίνει δεκτό ότι το επίμαχο υπόμνημα θα μπορούσε νομίμως να ληφθεί υπόψη από την αναθέτουσα αρχή, εν προκειμένω, γενικώς και αορίστως διευκρινίζεται στο υπόμνημα ότι, κατόπιν επικοινωνίας με τον κατασκευαστή το προσφερόμενο είδος καλύπτει τις τεχνικές προδιαγραφές, δίχως να προσκομίζει έτι περαιτέρω αποδεικτικό στοιχείο προς επίρρωση των

μνημονευόμενων στο υπόμνημα τεχνικών δεδομένων. Ως εκ τούτου, ορθώς και κατα δεσμία αρμοδιότητα, σύμφωνα και με τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη, η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος λόγω μη πλήρωσης των τεχνικών προδιαγραφών ως προς το προσφερόμενο είδος με α/α 8.

37. Επειδή, δεδομένου ότι συντρέχει ο ως άνω λόγος αποκλεισμού του προσφεύγοντος, και λαμβάνομένου υπόψη ότι η παραβίαση του ενιαίου μέτρου κρίσης προβάλλεται μόνον προς τον σκοπό απόρριψης προσφοράς η οποία φέρει την ίδια πλημμέλεια με προσφορά η οποία αποκλείστηκε λόγω της πλημμέλειας αυτής και όχι προς τον σκοπό αποδοχής προσφοράς, οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος περί παράβασης της αρχής της ίσης μεταχείρισης λόγω αποδοχής των προσφορών συμμετεχόντων στα είδη με α/α είδη 1, 9 και 21 παρά το γεγονός ότι αυτές παρουσιάζουν αποκλίσεις από τις τεχνικές προδιαγραφές προβάλλονται καταρχήν απαραδέκτως καθώς τυχόν αποδοχή τους θα είχε ως αποτέλεσμα την απόρριψη της προσφοράς συμμετεχόντων σε έτερα είδη του διαγωνισμού, τα οποία όμως δεν αποτελούν αντικείμενο της παρούσας προσφυγής (βλ. ΑΕΠΠ 451/2020). Σε κάθε δε περίπτωση σημειώνεται ότι για την εφαρμογή της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, δηλαδή για να μπορεί να στοιχειοθετηθεί η έννοια του «ίδιου λόγου» απόρριψης των προσφορών, κρίσιμο είναι το αν εχώρησε διαφορετική εκτίμηση των αυτών πλημμελειών των προσφορών και όχι αν διαφορετικές πλημμέλειες αφορούν στο ίδιο, εν γένει, ζήτημα αυτολεξεί (Σ.τ.Ε. 2186/2013). Συνεπώς, το ενιαίο μέτρο κρίσης δεν προϋποθέτει απλά παρόμοια νομική και πραγματική βάση μεταξύ βάσης συντελεσθέντος αποκλεισμού και επικαλούμενης βάσης αποκλεισμού άλλης προσφοράς ή παράβαση του ίδιου κανόνα της διακήρυξης, αλλά ίδιο τρόπο απόκλισης από τους όρους της διαδικασίας. Στη δε προκειμένη περίπτωση σαφώς προκύπτει ότι δεν υφίσταται ταυτότητα νομικής πλημμέλειας καθώς οι επικαλούμενες από τον προσφεύγοντα αποκλίσεις των έτερων προσφορών δεν ταυτίζονται με το λόγο αποκλεισμού του πολλώ δε μάλλον καθώς αφορούν έτερα είδη του



διαγωνισμού. Επομένως, ο πρώτος λόγος προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

38. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω και κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψη 14, δοθέντος ότι νομίμως ο προσφεύγων αποκλείστηκε από το διαγωνισμό, κατ' αρχήν με έννομο συμφέρον προβάλλει ισχυρισμούς κατά της αποδοχής της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, υπό την προϋπόθεση ότι υφίσταται παραβίαση του ενιαίου μέτρου κρίσης. Στην υπό κρίση περίπτωση όμως, η επικαλούμενη πλημμέλεια της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, ήτοι η υποβολή εναλλακτικής προσφοράς αφορά προδήλως σε διαφορετικό όρο της πρόσκλησης και σε διαφορετικό λόγο από εκείνον που οδήγησε στην απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος. 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 και άρα απαραδέκτως ο προσφεύγων στρέφεται κατά της προσφοράς του παρεμβαίνοντος και ο δεύτερος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτος.

39. Επειδή ως προς τον τρίτο λόγο της προσφυγής επισημαίνεται καταρχήν ότι, σύμφωνα με τα εκτεθέντα υπό σκέψη 33, ανεπικαίρως και άρα απαραδέκτως ο προσφεύγων βάλλει στο παρόν στάδιο του διαγωνισμού κατά των τεχνικών προδιαγραφών της πρόσκλησης ισχυριζόμενος ότι αντιστοιχούν σε απαιτήσεις ενός Ακτινολογικού Τμήματος και όχι μιας ΜΕΘ, ως βασίμως ισχυρίζονται η αναθέτουσα αρχή και ο παρεμβαίνων. Ακόμη όμως και αν ήθελε γίνει δεκτό, ως αναφέρει ο προσφεύγων στο υπόμνημά ότι δεν στρέφεται κατά των τεχνικών απαιτήσεων αλλά προβάλλει την αιτίαση ότι η αναθέτουσα αρχή κατά το στάδιο αξιολόγησης των προσφορών όφειλε να αντιμετωπίσει όλους τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς για κάθε είδος του διαγωνισμού που εκείνοι συμμετείχαν ισότιμα και να αποδεχτεί την προσφορά του κατ' εφαρμογήν της αρχής της αναλογικότητας, σημειώνεται ότι η εν λόγω αρχή τυγχάνει εφαρμογής σε περιπτώσεις όπου το διοικητικό όργανο ενεργεί κατ' ενάσκηση διακριτικής ευχέρειας και δύναται να επιλέξει μεταξύ περισσότερων

νόμιμων λύσεων, ενώ εν προκειμένω, όπως έχει εκτεθεί, η αναθέτουσα αρχή κατά δέσμια αρμοδιότητα όφειλε να απορρίψει την προσφορά του προσφεύγοντος (βλ. ΑΕΠΠ 1192/2019 σκ. 71). Συνεπώς, και ο τρίτος λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος.

40. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

41. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

42. Επειδή η παρέμβαση πρέπει να γίνει δεκτή.

43. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στη σκέψη 41, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

#### **Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 16 Φεβρουαρίου 2021 και εκδόθηκε την 23 Φεβρουαρίου 2021 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ  
ΕΙΡΗΝΗ ΑΦΟΚΑΡΔΟΥ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ  
ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΔΕΜΙΡΤΖΗΟΓΛΟΥ**