

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 26 Μαρτίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος, Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Εισηγητής, στη θέση της κωλυομένης Αγγελικής Πουλοπούλου και Ιωάννα Θεμελή, σε αναπλήρωση της Αγγελικής Πουλοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 25-2-2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 422/25-2-2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Και του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα, με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά να ακυρωθεί η από 10-2-2021 (6^η συνεδρ., Θέμα 38) απόφαση ΔΣ της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος έκρινε αποδεκτές τις προσφορές του παρεμβαίνοντος, ως και των οικονομικών φορέων ... και ... και ανέδειξε τον παρεμβαίνοντα προσωρινό ανάδοχο, ως προς το τμήμα 1 ΨΗΦΙΑΚΟ ΑΚΤΙΝΟΛΟΓΙΚΟ ΜΗΧΑΝΗΜΑ ΜΕ ΔΙΠΛΑ ΨΗΦΙΑΚΑ ΠΑΝΕΛ, επιμέρους εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 185.483,87 ευρώ, στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης για την ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΙ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΑΠΕΙΚΟΝΙΣΤΙΚΟΥ ΙΑΤΡΟΤΕΧΝΟΛΟΓΙΚΟΥ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ ΓΙΑ ΤΟ ΤΜΗΜΑ ΔΙΑΓΝΩΣΤΙΚΗΣ ΚΑΙ ΘΕΡΑΠΕΥΤΙΚΗΣ ΑΚΤΙΝΟΛΟΓΙΑΣ, αθροιστικής εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 298.387,10 ευρώ, που προκηρύχθηκε με τη με αρ. ... διακήρυξη, η οποία απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 30-11-2020 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ ... την 3-12-2020 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 το παράβολο με αρ. ... και ποσού 930,00 ευρώ.

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας λόγω χρόνου δημοσίευσης και εκτιμώμενης αξίας στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, ο προσφεύγων και αποδεκτός μετέχων και δεύτερος μειοδότης, στο τμήμα 1 αυτής, με την από 25-2-2021 προσφυγή του στρέφεται κατά της από 15-2-2021 κοινοποιηθείσας εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίων δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών-οικονομικών προσφορών, καθ' ο μέρος κρίθηκε αποδεκτός και πρώτος μειοδότης, ως εκ τούτου και προσωρινός ανάδοχος του ιδίου τμήματος, ο εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος από 8-3-2021 παρεμβαίνων, κατόπιν της από 26-2-2021 κοινοποίησης της προσφυγής, ως και κρίθηκαν αποδεκοί οι 3^{ος} και 4^{ος} μειοδότης στο ίδιο τμήμα. Με το από 19-3-2021 υπόμνημα του, ο προσφεύγων αντικρούει τις από 18-3-2021 Απόψεις της αναθέτουσας, που πάντως κατατέθηκαν κατόπιν της κατ' άρ. 365 παρ. 1 Ν. 4412/2016 απώτατης, προς αντίκρουση τους άλλωστε και για τον σκοπό της αντιμωλίας, προθεσμίας κοινοποίησης τους, ήτοι 10 ημερών πριν την εξέταση και συνεπώς, δεν είναι ληπτέες υπόψη. Περαιτέρω, ο προσφεύγων αναφέρει στο ίδιο υπόμνημα ότι παρέλκει η εξέταση των ισχυρισμών του κατά του 3^{ου} και 4^{ου} μειοδότη, αφού δεν άσκησαν οι ίδιοι προσφυγή, πλην όμως δεν προκύπτει ότι παραιτήθηκε από το αντίστοιχο σκέλος της προσφυγής του, πράγμα που προϋποθέτει μονοσήμαντη και σαφή δήλωση παραίτησης από τα οικεία κεφάλαια και αιτήματα της προσφυγής. Πάντως, η μη εμπρόθεσμη αποστολή Απόψεων δεν συνιστά λόγο αναγκαίας συναγωγής τεκμηρίου ομολογίας, κατ' άρ. 365 παρ. 2 Ν. 4412/2016, αφού πρώτον, η ως άνω διάταξη παρέχει διακριτική ευχέρεια και όχι υποχρέωση της ΑΕΠΠ («μπορεί να συνάγει...») και

δεύτερον, η διάταξη αναφέρεται σε μη αποστολή φακέλου και εν προκειμένω πάντως υπήρχε πλήρης πρόσβαση στο ΕΣΗΔΗΣ εκ του Κλιμακίου, το οποίο είχε κάθε δυνατότητα να εξετάσει την πραγματική βάση των ισχυρισμών του προσφεύγοντος εκ των εκεί ευρισκομένων εγγράφων της σύμβασης και των προσφορών. Επομένως, η προσφυγή και η παρέμβαση πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξετασθούν περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, ως προς το στρεφόμενο κατά του παρεμβαίνοντος σκέλος της προσφυγής, προκύπτει ότι ο όρος 5.6 ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Ι της διακήρυξης ορίζει την ακόλουθη προδιαγραφή «Να προσφερθούν τα κάτωθι προγράμματα: α. Τομοσύνθεση συνεχή λήψη εικόνων για 3D απεικόνιση, β. Διαδοχικές λήψεις εικόνων σε δύο διαφορετικές ενέργειες (χρόνος μεταξύ λήψεων των διαφορετικών ενεργειών μικρότερος των 300 msec). Να συνοδεύεται από πρόγραμμα αυτόματης αφαίρεσης των εικόνων.», ενώ στη διπλάνή στήλη περί απαίτησης επί της προδιαγραφής αναφέρεται «ΝΑΙ (Να περιγραφούν λεπτομερώς)». Επιπλέον, στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ IV ΥΠΟΔΕΙΓΜΑ ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ-ΦΥΛΛΟ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ, περί συμπλήρωσης του σχετικού, κατ' αντιγραφή των προδιαγραφών του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Ι, φύλλου συμμόρφωσης τεχνικής προσφοράς, ορίστηκε ότι «Στο πεδίο ΑΠΑΙΤΗΣΗΣ σημειώνεται από την αναθέτουσα αρχή, αν η περιγραφή του προϊόντος είναι υποχρεωτική, οπότε και σημαίνεται με την ένδειξη ΝΑΙ». Συνεπώς, κατά τη διακήρυξη, η ως άνω προδιαγραφή περί των ανωτέρων προγραμμάτων ορίστηκε ως αναγκαία απαίτηση. Με το με αρ.. πρωτ. 57/14-12-2020 έγγραφο του ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΔΙΑΓΝΩΣΤΙΚΗΣ ΚΑΙ ΕΠΕΜΒΑΤΙΚΗΣ ΑΚΤΙΝΟΛΟΓΙΑΣ της αναθέτουσας, με θέμα ΠΑΡΟΧΗ ΔΙΕΥΚΡΙΝΙΣΕΩΝ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ ΓΙΑ ΤΗ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗ ΥΠ' ΑΡ. ..., αναφέρθηκε ότι «Για την περαιτέρω αποσαφήνιση της προδιαγραφής 5.6 του Είδους 1, παρακαλούμε για την αναδιατύπωση της ΠΕΡΙΓΡΑΦΗΣ της ως εξής: «Να προσφερθούν προς επιλογή τα κάτωθι προγράμματα: Α) Τομοσύνθεση με συνεχή λήψη εικόνων για ... απεικόνιση Β) Διαδοχικές λήψεις εικόνων σε δύο διαφορετικές ενέργειες (χρόνος μεταξύ λήψεων των διαφορετικών ενεργειών μικρότερος των 300msec). Να συνοδεύεται από πρόγραμμα αυτόματης αφαίρεσης των εικόνων ή λογισμικό

ανάδειξης μαλακών μορίων ή και οστών, έστω και αν καλύπτονται το ένα από το άλλο.». Επιπλέον για την περαιτέρω αποσαφήνιση της ίδιας προδιαγραφής 5.6 του Είδους 1, παρακαλούμε για την αναδιατύπωση της ΑΠΑΙΤΗΣΗΣ της προδιαγραφής ως εξής: «ΝΑΙ. Να περιγραφούν λεπτομερώς τα προγράμματα.», το δε ως άνω έγγραφο κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους την 15-12-2020 ως «Παροχή Διευκρινίσεων Προδιαγραφών για τη διακήρυξη». Το παραπάνω έγγραφο, δεδομένης της το πρώτον χρήσης της φράσης «κατ' επιλογή», στη διατύπωση της προσφοράς των προγραμμάτων, ευλόγως δύναται να δημιουργήσει προφανή σύγχυση σε οιονδήποτε καλόπιστο μετέχοντα, σχετικά με το αν ο όρος παρέμεινε ή όχι ως υποχρεωτικός, διότι ναι μεν, συνεχίζει και αναγράφεται «ΝΑΙ» στη στήλη απαίτησης, πλην όμως, η φράση «Να προσφερθούν κατ' επιλογή» παραπέμπει σε επιθυμητό χαρακτηριστικό, ιδίως όταν εισήχθη κατά τροποποίηση του αρχικού μονοσήμαντου όρου «Να προσφερθούν», εξάλλου δε, δεν προκύπτει ποιο άλλον τυχόν νόημα θα είχε η παραπάνω προστεθείσα φράση «κατ' επιλογή», πέραν του ότι ο προσφέρων έχει τη δυνατότητα να προσφέρει, αν επιλέξει τούτο, τα παραπάνω προγράμματα και ότι πάντως, δεν συνιστά πλέον η προσφορά τους επί ποινή αποκλεισμού ζητούμενο. Σε κάθε περίπτωση, παρότι καταρχάς προκύπτει ότι η εύλογη έννοια της ως άνω διευκρίνισης ήταν να άρει την υποχρεωτικότητα του όρου, ασχέτως αν διατηρήθηκε η λέξη «ΝΑΙ» επί της προδιαγραφής, που ομοίως ευλόγως προκύπτει ότι επαναλήφθηκε ως συνέχεια του αρχικού όρου και όχι επί σκοπώ αναίρεσης της ίδιας της το πρώτον προστεθείσας και όλως διαφοροποιητικής επί του αν η προδιαγραφή είναι υποχρεωτική, φράσης «κατ' επιλογή», πάντως, δεδομένης δε της ανωτέρω επιγενομένης αν μη τι άλλο ασάφειας και αντίφασης, που οδηγεί σε αποκλίνουσες ερμηνευτικές εκδοχές, δεν προκύπτει σαφής και μονοσήμαντη έννοια της ως άνω προδιαγραφής, ως προς τον υποχρεωτικό ή προαιρετικό της χαρακτήρα, συνθήκη απαραίτητη για επί ποινή αποκλεισμού όρο. Άλλωστε, δεδομένου ότι κατά τα ανωτέρω δεν ήταν πλέον υποχρεωτική η απαίτηση και σε κάθε περίπτωση ήταν ασαφές αν παρέμεινε ως υποχρεωτική, οι διαγωνιζόμενοι ευλόγως δεν είχαν και κάποια υποχρέωση και δη, σαφή να περιγράψουν στην

προσφορά τους τέτοια προγράμματα ούτε καν προκύπτει ότι ήταν υποχρεωμένοι να τα διαθέτουν, αφού η όποια δήλωση, περιγραφή και τεκμηρίωση τους συνεχεται με την επιλογή τους να τα προσφέρουν και άρα, δεν προκύπτει λόγος απόρριψης της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, λόγω μη μνείας στην προσφορά του των σχετικών προγραμμάτων του ως άνω όρου, που δεν ήταν καν υποχρεωμένος να προσφέρει και να περιγράψει, ως εκ τούτου, στην προσφορά του. Επομένως, το σύνολο των ισχυρισμών της προσφυγής κατά της αποδοχής του παρεμβαίνοντος είναι απορριπτέοι.

4. Επειδή, όσον αφορά το στρεφόμενο κατά του οικονομικού φορέα FUJIFILM σκέλος της προσφυγής και δη τον πρώτο λόγο του εκ του ότι δεν αποδείχθηκε με την προσφορά η ιδιότητα της ... ως εξουσιοδοτημένου αντιπροσώπου του κατασκευαστή του προσφερόμενου αγαθού, δεδομένου ότι υπέγραψε επιστολή με βάση την οποία ο ως άνω οικονομικός φορέας τεκμηριώνει επιμέρους προδιαγραφές, προκύπτει ότι κατά τον όρο 2.4.3.2, η τεχνική προσφορά περιλαμβάνει εν γένει έγγραφα που τεκμηριώνουν τις προδιαγραφές, ενώ το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ IV ως προς το φύλλο συμμόρφωσης, αναφέρεται ότι η τεχνική προσφορά θα πρέπει να περιέχει τεκμηριωτικό υλικό για τον εξοπλισμό κάθε είδους, μεταξύ των οποίων ενδεικτικά αναφερόμενα τεχνικά φυλλάδια με αναφορά στις προδιαγραφές και όποιο εν γένει στοιχείο τεκμηριώνει πληρέστερα την προσφορά και απαντά στις επιμέρους απαιτήσεις της. Επομένως, ουδόλως ζητήθηκε συγκεκριμένο αποδεικτικό μέσο των προδιαγραφών και άρα, κάθε έγγραφο, όπως άλλωστε επιστολή περί τεχνικών χαρακτηριστικών του αγαθού εκ του εξουσιοδοτημένου αντιπροσώπου του κατασκευαστή στην Ευρώπη δεν αποκλείεται ως αποδεικτικό μέσο ούτε υπήρχε οιαδήποτε υποχρέωση απόδειξης της ιδιότητας αυτής. Τούτο ενώ ο φέρων το βάρος απόδειξης και ορισμένης επίκλησης των ισχυρισμών του προσφεύγων ουδόλως προβάλλει ή αποδεικνύει έλλειψη τέτοιας ιδιότητας του ως άνω εκδότη της επιστολής, χωρίς συγχρόνως να προκύπτει συγκεκριμένη παράβαση όρου της διακήρυξης, ως προς την απόδειξη της ιδιότητας αυτής, η δε αναθέτουσα εφόσον αμφέβαλλε, δύνατο να ζητήσει αποσαφήνιση, κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 της ιδιότητας αυτής και απόδειξη της από τον ως άνω

διαγωνιζόμενο. Τούτο ενώ ουδόλως η έκδοση τεχνικών φυλλαδίων και εν γένει εγγράφων περί χαρακτηριστικών αγαθών αποκλείεται, ελλείπει ρητής άλλωστε αντίθετης απαίτησης της διακήρυξης, να προέρχεται από τον αντιπρόσωπο, εισαγωγέα, ακόμη και χονδρέμπορο που διακινεί το αγαθό. Τούτο ενώ σε κάθε περίπτωση, η προσφορά περιλαμβάνει δήλωση του ως άνω αντιπροσώπου στην Ευρώπη, ότι συνιστά το ευρωπαϊκό διοικητικό κέντρο και εξουσιοδοτημένος αντιπρόσωπος του Ιάπωνα κατασκευαστή. Επομένως, απορριπτέοι τυγχάνουν οι ισχυρισμοί του πρώτου λόγου κατά του ως άνω οικονομικού φορέα. Ως προς τον δεύτερο κατ' αυτού λόγο της προσφυγής, προκύπτει ότι ο ως άνω οικονομικός φορέας περιέλαβε στην προσφορά του πρόθεση παράδοσης, αν αναδειχθεί ανάδοχος και εκ περισσού εξοπλισμού, συνιστάμενου σε εκτυπωτή φίλμ, τούτο όμως, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος ουδόλως δύναται να συνιστά λόγο αποκλεισμού του, αφού αφενός το κριτήριο ανάθεσης αφορά τη χαμηλότερη τιμή επί των ζητούμενων αγαθών και άρα, η όποια συμπερίληψη στην προσφορά δήλωσης περί μετά τιμήματος ή μη, εκ περισσού προσφοράς μη ζητούμενου αγαθού είναι αδιάφορη, αφετέρου, ουδόλως, δεδομένου του κριτηρίου ανάθεσης είναι δυνατόν να λάβει χώρα αθέμιτη επιρροή επί της κρίσης της αναθέτουσας, αφού ως προς τα τεχνικά χαρακτηριστικά, αυτά κρίνονται σχετικά με την κατ' ελάχιστο πλήρωση τους, χωρίς ο προσφεύγων να επικαλείται συγκεκριμένη μεροληψία και κρίση επί πλήρωσης απαίτησης, που ανάγεται σε τέτοια τυχόν διακριτική μεταχείριση, ενώ ως προς το ύψος της οικονομικής προσφοράς, ως προσωρινός ανάδοχος αναδεικνύεται ο προσφέρων τη χαμηλότερη τιμή και επομένως, η αποδοχή προσφοράς και η κατακύρωση της σύμβασης λαμβάνουν χώρα κατά όλως αντικειμενικό τρόπο. Επιπλέον, είναι αδιάφορο το άρ. 6 Ν. 2955/2001 αφού αυτό απαγορεύει κατά περίπτωση στις υγειονομικές μονάδες να αποδέχονται δωρέες και δεν καθιστά αποκλειστές προσφορές οικονομικών φορέων για άλλα αγαθά, που περιλαμβάνουν πρόθεση προσφοράς εκ περισσού αγαθών, ενώ άλλωστε ουδόλως η αναθέτουσα υποχρεούται να αποδεχθεί και να παραλάβει το εκ περισσού προσφερόμενο ατελώς μηχάνημα εκτυπωτή. Συνεπώς και ο δεύτερος κατά του ως άνω οικονομικού φορέα, ως και

το σύνολο του κατ' αυτού σκέλος της προσφυγής πρέπει να απορριφθούν. Όσον δε αφορά την προσφορά του οικονομικού φορέα ..., προκύπτει ότι στην ενότητα ΓΕΝΙΚΑ ΕΙΔΟΥΣ 1 ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Ι της διακήρυξης, αναφέρεται ότι «Το προσφερόμενο μηχάνημα πρέπει να είναι το πλέον σύγχρονο μοντέλο παραγωγής κατασκευαστή, που πληροί τις προδιαγραφές. Για το σκοπό αυτό η ανάδοχος θα δηλώσει το πρώτο έτος κυκλοφορίας του...», πλην όμως όπως βάσιμα ο προσφεύγων ισχυρίζεται δεν προκύπτει τούτο από την προσφορά του ως άνω οικονομικού φορέα, η δε σχετική του απάντηση περί της ενότητας ΓΕΝΙΚΑ στον πίνακα συμμόρφωσης δεν αναφέρει οτιδήποτε άλλο πλην του ότι το προσφερόμενο μηχάνημα είναι σύγχρονης τεχνολογίας, ενώ δεν προκύπτει σχετική πληροφορία ούτε στα παραπεμπόμενα ως τεκμηρίωση της οικείας απάντησης του στην ίδια ενότητα του πίνακα συμμόρφωσης του, φυλλάδια BROCHURE ... και PRODUCT ... και επομένως τυγχάνει αποκλειστέος δια μόνου του ανωτέρω λόγου, παρέλκουσας της εξέτασης των λοιπών κατά του, ισχυρισμών της προσφυγής.

5. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω, πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή. Να γίνει δεκτή η Παρέμβαση. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη, καθ' ο μέρος έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα

6. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη πρέπει να επιστραφεί το παράβολο με αρ. ... και ποσού 930,00 ευρώ.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την Παρέμβαση.

Ακυρώνει την από 10-2-2021 (6^η συνεδρ., Θέμα 38) απόφαση ΔΣ της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου με αρ. ... και ποσού 930,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 26-3-2021 και εκδόθηκε στις 31-3-2021.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΞΕΝΟΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ