

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 21^η Ιουνίου 2019 με την εξής σύνθεση: Μαργαρίτα Κανάβα Πρόεδρος-Εισηγήτρια, Ειρήνη Αψοκάρδου και Απόστολος Σιαπέρας Μέλη.

Για να εξετάσει την από 14.5.2019 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 573/15.5.2019 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στην, επί της οδού ..., αριθμός ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του Γενικού Νοσοκομείου ... «...», (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμό .../3.4.2019 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής περί έγκρισης Πρακτικού τεχνικής αξιολόγησης της Επιτροπής Διαγωνισμού (εφεξής η «προσβαλλόμενη») και

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

Με την προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης, ώστε να γίνει δεκτή η τεχνική του προσφορά και να απορριφθεί η τεχνική προσφορά του παρεμβαίνοντος.

Με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός απόφασης: 736/2019

1.Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 14.5.2019 πληρωμή στην ΤΡΑΠΕΖΑ ΠΕΙΡΑΙΩΣ και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης, εκτιμώμενης αξίας 64.516,15 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2.Επειδή με την υπ' αριθμό ../2019 διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ηλεκτρονικό ανοικτό διεθνή διαγωνισμό με αντικείμενο «Προμήθεια και εγκατάσταση πέντε (5) προβολέων οροφής του χειρουργείου τεχνολογίας LED (Σύστημα κυρίου δορυφόρου προβολέων)», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, αποκλειστικά βάσει τιμής, προϋπολογισθείσας συνολικά δαπάνης 80.000 ευρώ, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

3.Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ την 7.01.2019 με ΑΔΑΜ ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ

4.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.

5.Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 14.5.2019 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους προσφέροντες μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στις 8.5.2019, 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.

6.Επειδή ο προσφεύγων ως προσφέρων, θεμελιώνει πρόδηλο έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης

Αριθμός απόφασης: 736/2019

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 του έτερου συμμετέχοντος, χωρίς να απαιτείται να εκδοθεί νέα απόφαση της αναθέτουσας αρχής σε συμμόρφωση προς την απόφαση αυτή.

7.Επειδή την 16.5.2019 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς όλους τους συμμετέχοντες, ήτοι σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

8.Επειδή με την υπ' αριθμόν 712/2019 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων και επί της υπό εξέταση προσφυγής.

9. Επειδή δυνάμει του ενσωματωμένου στην προσφυγή αιτήματος περί παροχής προσωρινής έννομης προστασίας βάσει του άρθρου 346 του Ν. 4412/2016, εκδόθηκε η με αριθμό Α229/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ, η οποία ανέστειλε τη συνέχεια της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας.

Αριθμός απόφασης: 736/2019

10. Επειδή ο παρεμβαίνων κατέθεσε την 27.05.2019, ήτοι εμπροθέσμως, στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού, την με αριθμ. ΑΕΠΠ ΠΑΡ 473/2019 παρέμβασή του, ο οποίος με προφανές έννομο συμφέρον αιτείται τη διατήρηση ισχύος της επίμαχης απόφασης με την οποία κρίθηκε αποδεκτή η τεχνική προσφορά του.

11. Επειδή η αναθέτουσα αρχή ανήρτησε στις 27.05.2019 μέσω της επικοινωνίας στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού τις απόψεις της επί της προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα αυθημερόν.

12. Επειδή, ο προσφεύγων την 12.06.2019 ανήρτησε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού και απέστειλε στην ΑΕΠΠ μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου 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 διάσκεψη για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής ορίσθηκε στις 21.6.2019 και, ως εκ τούτου, λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο.

13. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} 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.

14. Επειδή στον εν θέματι διαγωνισμό συμμετείχαν πέντε οικονομικοί φορείς μεταξύ των οποίων και ο προσφεύγων, ο οποίος υπέβαλε την με αριθμό συστήματος ... προσφορά. Η Επιτροπή του Διαγωνισμού, με το από 26.03.2019 Πρακτικό της αναφορικά με την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών εισηγήθηκε την απόρριψη των προσφορών όλων των διαγωνιζομένων πλην του παρεμβαίνοντος και τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας με την αποσφράγιση της οικονομικής του προσφοράς. Ειδικότερα, η τεχνική προσφορά του προσφεύγοντος απορρίπτεται για το λόγο ότι *«προσφέρει συστήματα που διαθέτουν δυνατότητα περιστροφής των προβολέων κατά 330° ενώ στην παράγραφο 4 των Τεχνικών Προδιαγραφών της Διακήρυξης αναφέρεται να διαθέτουν δυνατότητα περιστροφής των προβολέων κατά 360°»*. Στη συνέχεια, η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη απόφαση ενέκρινε το Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού και απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος.

Αριθμός απόφασης: 736/2019

15.Επειδή ο προσφεύγων με την υπό κρίση προσφυγή του αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης για τους ακόλουθους λόγους : «. *ΕΠΙ ΤΩΝ ΛΟΓΩΝ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ 1. Ως προς την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης λόγω παράβασης ουσιώδους τύπου της διαδικασίας*

1.1*Η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής θα πρέπει να ακυρωθεί από την Αρχή Σας λόγω παράβασης ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, ήτοι λόγω παράτυπης και παράνομης διεξαγωγής της διοικητικής διαδικασίας αξιολόγησης των προσφορών.*

1.2*Συγκεκριμένα, σύμφωνα με τη διάταξη της παρ. 4 του άρθρου 100 του ν. 4412/2016, ως ίσχυε κατά την δημοσίευση της Διακήρυξης του Διαγωνισμού στο ΚΗΜΔΗΣ και την εκκίνηση αυτού: «Για τις συμβάσεις που διενεργούνται με ηλεκτρονικό τρόπο με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει τιμής ανεξαρτήτως ποσού και ανεξαρτήτως διαδικασίας, αποσφραγίζονται οι φάκελοι δικαιολογητικών, τεχνικής και οικονομικής προσφοράς όλων των διαγωνιζόμενων για όλα τα στάδια και εκδίδεται μια απόφαση, με την οποία επικυρώνονται τα αποτελέσματα: α) όλων των σταδίων της παραγράφου 2 στην περίπτωση ανοικτής διαδικασίας και β) του δεύτερου σταδίου, ήτοι της υποβολής προσφορών, στην περίπτωση κλειστής διαδικασίας και ανταγωνιστικής διαδικασίας με διαπραγμάτευση».*

1.3 *Εν προκειμένω, όμως, κατά παράβαση της ρητής ανωτέρω αναφερόμενης διάταξης και παρόλο που ο εν λόγω διαγωνισμός διεξήχθη με την ανοικτή διαδικασία του άρθρου 27 του ν. 4412/2016 και κριτήριο ανάθεσης της υπόψη σύμβασης προμήθειας είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, η Αναθέτουσα Αρχή επικύρωσε τα αποτελέσματα του πρώτου σταδίου αξιολόγησης, ήτοι της αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών με ξεχωριστή απόφαση. Έπρεπε δε η Αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με την ανωτέρω διάταξη του ν. 4412/2016, να προχωρήσει και στην οικονομική αξιολόγηση των προσφορών και ακολούθως να εκδώσει μία απόφαση, με την οποία θα εγκρίνει τόσο το Πρακτικό τεχνικής αξιολόγησης όσο και τα Πρακτικό οικονομικής αξιολόγησης των προσφορών.*

1.4 *Σημειώνεται δε ότι η εν λόγω παρατυπία που εμφιλοχώρησε στην υπόψη διαγωνιστική διαδικασία, παραβιάζει κατάφωρα τις θεμελιώδεις αρχές της*

Αριθμός απόφασης: 736/2019

τυπικότητας και της διαφάνειας που διέπουν του δημόσιους διαγωνισμούς και θέτει σε κίνδυνο τα έννομα συμφέροντα και δικαιώματα της εδώ προσφεύγουσας εταιρίας μας. Και τούτο διότι, από την ως άνω συμπεριφορά της Αναθέτουσας Αρχής, προκαλείται σύγχυση και εύλογη αμφιβολία και ανασφάλεια στην εδώ προσφεύγουσα εταιρία μας, αναφορικά τον κρίσιμο χρόνο εντός του οποίου δύναται να ασκήσει το νόμιμο δικαίωμα της να προσβάλλει ενώπιον της Αρχής σας με προδικαστική προσφυγή την παράνομη κατ' ουσίαν κρίση της Αναθέτουσας Αρχής αλλά και αναφορικά με το ποια ακριβώς είναι η προσβλητέα και εκτελεστή.

1.5. Συνεπώς, από το σύνολο των ανωτέρω καθίσταται σαφές ότι η διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών διεξήχθη παράνομα και παράτυπα από την Αναθέτουσα Αρχή, δέον για το λόγο αυτό να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση, με την οποία εγκρίνεται μόνο το Πρακτικό τεχνικής αξιολόγησης, από την Αρχή Σας.

2. Ως προς την παράνομη απόρριψη της τεχνικής προσφοράς της εδώ προσφεύγουσας εταιρίας μας

2.1 Με την εδώ προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής, απορρίφθηκε η τεχνική προσφορά της εταιρίας μας, κατ' αποδοχή του με αρ. πρωτ. .../.../26.03.2019 Πρακτικού της Επιτροπής επειδή, όπως αναφέρεται στο επίμαχο ως άνω Πρακτικό «η εταιρεία ... με αριθμό ... προσφέρει συστήματα που διαθέτουν δυνατότητα περιστροφής των προβολέων κατά 330° ενώ στην παράγραφο 4 των Τεχνικών Προδιαγραφών της Διακήρυξης αναφέρεται να διαθέτουν δυνατότητα περιστροφής των προβολέων 360°».

2.2 Οι ανωτέρω προσβαλλόμενη πράξη, παραβιάζει ευθέως το νόμο, καθώς χωρίς καμία νόμιμη αιτιολογία και κατά παράβαση των θεμελιωδών αρχών της ίσης μεταχείρισης και του ίσου μέτρου κρίσης, θίγει νόμιμα δικαιώματα και εν γένει προσβάλλει κατάφωρα έννομο συμφέρον της εδώ προσφεύγουσας εταιρίας μας, σύμφωνα με όσα ειδικότερα εκτίθενται αναλυτικά κατωτέρω.

2.3 Σύμφωνα με την τεχνική προδιαγραφή της παρ. 4 του Παραρτήματος Γ' της Διακήρυξης, αναφορικά με τα τεχνικά χαρακτηριστικά των υπό προμήθεια χειρουργικών προβολέων:«(...)

- Να διαθέτει δυνατότητα περιστροφής των προβολέων 360°
- Να διαθέτει δυνατότητα κλίσης των προβολέων ως προς το οριζόντιο επίπεδο.».

Αριθμός απόφασης: 736/2019

2.4 Η προσφέρουσα εταιρία μας, όπως αποδεικνύεται από τα υποβληθέντα έγγραφα και δικαιολογητικά αλλά και τις σχετικές δηλώσεις, οι οποίες περιλαμβάνονται στη νομίμως, εμπροθέσμως και προσηκόντως υποβληθείσα τεχνική προσφορά της, αναφέρει με ενάργεια και σαφήνεια ότι ο προσφερόμενος χειρουργικός προβολέας πληροί και τα δύο ανωτέρω αναφερόμενα τεχνικά χαρακτηριστικά που τίθενται με την τεχνική προδιαγραφή της παρ. 4 της Διακήρυξης.

2.5 Συγκεκριμένα, όπως προκύπτει από το υποβληθέν με την προσφορά μας Φύλλο Συμμόρφωσης (επισυνάπτεται με α/α 2) για την παράγραφο 4 των τεχνικών προδιαγραφών του Παραρτήματος Γ' της Διακήρυξης, στην απάντηση της εταιρίας μας αναφέρεται ρητά και απερίφραστα ότι (βλ. σελίδα 5 αυτού): «Το σύστημα προβολέων αποτελείται από δύο προβολείς (κύριο και δορυφόρο) ίδιου τύπου (...), με τα εξής τεχνικά χαρακτηριστικά ανά προβολέα:[...]

- Διαθέτει δυνατότητα περιστροφής των βραχιόνων των προβολέων ατέρμονα κατά 360°.
- Διαθέτει δυνατότητα κλίσης των προβολέων ως προς το οριζόντιο επίπεδο κατά 330°.»

2.6 Περαιτέρω, όπως αποδεικνύεται πανηγυρικά και από την παραπομπή του ως άνω Φύλλου Συμμόρφωσης στο υποβληθέν με την προσφορά μας Σχέδιο του προσφερόμενου προβολέα του ιταλικού κατασκευαστικού οίκου ... (επισυνάπτεται με α/α 3), όλοι οι βραχίονες του κύριου και του δορυφόρου προβολέα διαθέτουν ατέρμονη περιστροφή "continuous rotation" (βλ. με κόκκινο χρώμα την επισήμανση των βραχιόνων και των κελυφών του προσφερόμενου προβολέα).

2.7 Επιπλέον, αναφορικά με την έτερη απαίτηση της επίμαχης προδιαγραφής της παρ. 4, ήτοι ο προσφερόμενος προβολέας να διαθέτει δυνατότητα κλίσης ως προς το οριζόντιο επίπεδο και προς απόδειξη της σχετικής απάντησής μας στο υποβληθέν Φύλλο Συμμόρφωσης (περί δυνατότητας κλίσης ως προς το οριζόντιο επίπεδο κατά 330°) η εδώ προσφεύγουσα εταιρία μας παραπέμπει ξανά στο Σχέδιο του κατασκευαστικού οίκου. Από την επισκόπηση δε του ως άνω Σχεδίου αποδεικνύεται ανενδοίαστα ότι το κέλυφος του κάθε προβολέα διαθέτει άρθρωση με δυνατότητα κλίσης ως προς το οριζόντιο επίπεδο, κατά την απαίτηση της Διακήρυξης και μάλιστα, κατά 330°. Επισημαίνεται, ότι στην

Αριθμός απόφασης: 736/2019

άνω επίμαχη τεχνική προδιαγραφή δεν γίνεται συγκεκριμένη αναφορά στο εύρος που πρέπει να επιτυγχάνει η δυνατότητα κλίσης ως προς το οριζόντιο επίπεδο, παρά μόνο σε δυνατότητα κλίσης ως προς το οριζόντιο επίπεδο.

2.8 Είναι δε μείζονος σημασίας να καταστεί αντιληπτό από την Αρχή Σας ότι από τον ανωτέρω αναφερόμενο λόγο απόρριψης της τεχνικής προσφοράς μας, όπως περιλαμβάνεται στο επίμαχο Πρακτικό της Επιτροπής, προκύπτει αδιαμφισβήτητα ότι η Επιτροπή έχει υποπέσει σε σύγχυση των απαιτήσεων της κρίσιμης τεχνικής προδιαγραφής και των αντίστοιχων απαντήσεων της εδώ προσφεύγουσας εταιρίας μας. Προκύπτει, δηλαδή ότι η Επιτροπή συγχέει την απαίτηση της Διακήρυξης το προσφερόμενο σύστημα να διαθέτει δυνατότητα περιστροφής των βραχιόνων των προβολέων ατέρμονα κατά 360°, με την απαίτηση να διαθέτει δυνατότητα κλίσης των προβολέων ως προς το οριζόντιο επίπεδο. Η ανωτέρω σύγχυση είναι σε κάθε περίπτωση αδικαιολόγητη καθώς η εταιρία μας έχει απαντήσει με σαφήνεια και διακριτά αναφορικά με την πλήρωση των ανωτέρω απαιτούμενων τεχνικών χαρακτηριστικών στο Φύλλο Συμμόρφωσής της, με παραπομπή στα επίσημα έγγραφα του κατασκευαστικού οίκου.

2.9 Επισημαίνεται, περαιτέρω, ότι το εν λόγω εύρος (της κλίσης δηλαδή του κελύφους ως προς το οριζόντιο επίπεδο) των 330° που επιτυγχάνεται από τον προσφερόμενο από την εταιρία μας προβολέα, είναι το μεγαλύτερο από όλα τα εύρη που προσφέρθηκαν και από τις υπόλοιπες προσφέρουσες εταιρίες στον Διαγωνισμό. Είναι κρίσιμο, μάλιστα, να τονισθεί, ότι κατά κατάφωρη παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και του ίσου μέτρου κρίσης, η Αναθέτουσα Αρχή απορρίπτει την τεχνική προσφορά της εταιρίας μας, ενώ αποδέχεται την προσφορά της εταιρίας ..., η οποία διαθέτει δυνατότητα κλίσης των προβολέων ως προς το οριζόντιο επίπεδο μόνο κατά 270°, εύρος δηλαδή σαφώς μικρότερο από αυτό του προβολέα μας, και σε κάθε περίπτωση όχι 360°. Προς απόδειξη των ανωτέρω παραπέμπουμε στο φύλλο συμμόρφωσης της εν λόγω εταιρίας (επισυνάπτεται με α/α 4) και συγκεκριμένα στη σελίδα 6 αυτού, αλλά και στα τεχνικά φυλλάδια της άνω εταιρίας, στα οποία η ίδια παραπέμπει στο φύλλο συμμόρφωσής της (επισυνάπτονται με α/α 5 και 6) (βλ. σελ. 1 του επισυναπτόμενου α/α 5 και σελ. 1 του επισυναπτόμενου α/α 6).

2.10 Από το σύνολο των ανωτέρω, λοιπόν, καθίσταται προφανές ότι το προσφερόμενο από την εδώ προσφεύγουσα εταιρία μας είδος πληροί την

Αριθμός απόφασης: 736/2019

επίμαχη τεχνική προδιαγραφή και απέδειξε τούτο εμπροθέσμως, προσηκόντως και με τον αξιούμενο από τη Διακήρυξη τρόπο. Καθίσταται ακυρωτέα, συνεπώς, η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής, με την οποία απορρίπτεται η τεχνική προσφορά μας, με την ανωτέρω αναφερόμενη εσφαλμένη, παράνομη και ελλιπή αιτιολογία, δέον για το λόγο αυτό να ακυρωθεί από την Αρχή Σας.

2.11 Τέλος, ανεξαρτήτως της βασιμότητας των ανωτέρω, η εδώ προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής, κατά το μέρος που απορρίπτει την τεχνική προσφορά μας καθίσταται ακυρωτέα και λόγω του ότι παραβιάζει ευθέως την αρχή της ίσης μεταχείρισης, της αναλογικότητας αλλά και τη ρητή διάταξη της παραγράφου 5 του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, σύμφωνα με την οποία: «Η παροχή της δυνατότητας διευκρινίσεων στον προσφέροντα ή υποψήφιο, σύμφωνα με τις παραγράφους 1 έως 4, είναι υποχρεωτική για την αναθέτουσα αρχή, αν επίκειται αποκλεισμός του από τη διαδικασία, λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς».

2.12 Εν προκειμένω, καθίσταται σαφές ότι υφίσταται πλημμέλεια στην υπόψη διαγωνιστική διαδικασία αφού η Αναθέτουσα Αρχή δεν τήρησε την εκ του νόμου υποχρέωσή της να παρέχει τη δυνατότητα διευκρινίσεων στην εταιρία μας, ενώ συνέτρεχαν όλες οι νόμιμες προϋποθέσεις προς τούτο. Συγκεκριμένα, αφενός επίκειτο απόρριψη της τεχνικής προσφοράς μας και αποκλεισμός της εταιρίας μας από τη συνέχεια του διαγωνισμού και αφετέρου η επίμαχη διευκρίνιση δύναται να αφορούσε ασάφεια που επιδεχόταν διόρθωσης ή συμπλήρωσης.

2.13 Πράγματι, δεδομένου ότι:

(α) Από την επισκόπηση του επίμαχου τεχνικού χαρακτηριστικού της τεχνικής προδιαγραφής της παρ. 4 προκύπτει ευθέως ότι δεν απαιτείται συγκεκριμένο εύρος της δυνατότητας κλίσης του προβολέα ως προς το οριζόντιο επίπεδο, το εύρος δε των 360° απαιτείται για τη δυνατότητα περιστροφής των βραχιόνων των προβολέων, και

(β) το γεγονός ότι το προσφερόμενο σύστημα από την εδώ προσφεύγουσα εταιρία μας πληροί και τα δύο ανωτέρω αναφερόμενα διακριτά τεχνικά χαρακτηριστικά της τεχνικής προδιαγραφής της παρ. 4, προκύπτει και αποδεικνύεται, όπως αναφέραμε αναλυτικά ανωτέρω, τόσο από το φύλλο

Αριθμός απόφασης: 736/2019

Συμμόρφωσης όσο και από το επίσημο Σχέδιο του κατασκευαστικού οίκου του προσφερόμενου συστήματος, τα ανωτέρω δε δικαιολογητικά περιλαμβάνονται στη νομίμως, εμπροθέσμως και προσηκόντως υποβληθείσα τεχνική προσφορά της εταιρίας μας, εφόσον η Αναθέτουσα Αρχή έκρινε ότι δεν προκύπτει εναργώς από τα ως άνω δικαιολογητικά η πλήρωση των επίμαχων τεχνικών χαρακτηριστικών, όφειλε σύμφωνα με την παραγράφου 5 του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, να αιτηθεί να διευκρινιστεί από την εταιρίας μας εάν πράγματι υφίσταται αναντιστοιχία μεταξύ του περιεχομένου των δικαιολογητικών και της πραγματικότητας, προκειμένου να αποφευχθεί ο αποκλεισμός της εταιρίας μας, αποκλεισμός ο οποίος θα πρέπει να αποτελεί το τελευταίο καταφύγιο της Αναθέτουσας Αρχής και μόνο σε περίπτωση που δεν επιτευχθεί με την παροχή των διευκρινίσεων θεραπεία των ασαφειών και άρση των αμφιβολιών που τυχόν ανέκυψαν κατά τη διαγωνιστική διαδικασία.

2.14 Περαιτέρω, ο αποκλεισμός μας από τη διαγωνιστική διαδικασία τυγχάνει εξ ολοκλήρου αντικείμενος και στη θεμελιώδη αρχή της αναλογικότητας. Τούτο δε διότι η Αναθέτουσα Αρχή επέβαλε το πλέον επαχθές μέτρο του αποκλεισμού μας, ενώ όφειλε εκ της ενωσιακής και εθνικής νομοθεσίας, αντ' αυτού να μας καλέσει να διευκρινίσουμε την απόδειξη της ύπαρξης των επίμαχων τεχνικών χαρακτηριστικών στο προσφερόμενο από την εταιρία μας σύστημα, -παρότι τούτο προκύπτει ρητώς από τα έγγραφα της τεχνικής προσφοράς μας- εάν πράγματι κατά την κρίση της υφίστατο ασάφεια ως προς την πλήρωση ή μη της υπό κρίση τεχνικής προδιαγραφής.

2.15 Η κλήση δε, προς παροχή διευκρινίσεων συνιστά επιβεβλημένο και σε κάθε περίπτωση λιγότερο επαχθές μέτρο που διασφαλίζει την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού, ήτοι την εξασφάλιση της πλήρωσης του συνόλου των τεχνικών προδιαγραφών από την εδώ προσφεύγουσα εταιρία μας και επιπλέον την επίτευξη του ευρύτερου δυνατού ανταγωνισμού, χωρίς παράλληλα να θίγεται η αρχή της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας.

2.16 Τα ανωτέρω έχουν γίνει δεκτά και από την Αρχή σας, και συγκεκριμένα (βλ. ΑΕΠΠ 20/2017 και 47/2017 του 6^{ου} Κλιμακίου): «(...) οσάκις τίθεται ζήτημα αποκλεισμού συμμετέχοντος λόγω ελάσσονος σημασίας παρατυπιών θα πρέπει να δίδουν ιδιαίτερη προσοχή στην αρχή της αναλογικότητας. Μόνο δηλαδή σε εξαιρετικές περιπτώσεις μπορούν ελάσσονες παρατυπίες να

Αριθμός απόφασης: 736/2019

οδηγήσουν στον αποκλεισμό οικονομικού φορέα και στο συνακόλουθο περιορισμό του ανταγωνισμού».

2.17 Συνεπώς, η απόρριψη της τεχνικής προσφοράς μας χωρίς να προηγηθεί η παροχή από την Αναθέτουσα Αρχή της δυνατότητας διευκρινίσεων στην εταιρία μας επί του ανωτέρω ζητήματος, έρχεται σε ευθεία αντίθεση με τις διατάξεις του ν. 4412/2016 που τυγχάνουν αδιαμφισβήτητα εφαρμοστέες στον υπόψη Διαγωνισμό αλλά και με την αρχή της αναλογικότητας, για τους λόγους αυτούς η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής, αναφορικά με την απόρριψη της προσφοράς μας πάσχει, είναι παράνομη και δέον να ακυρωθεί από την Αρχή Σας.

3. Ως προς την μη νόμιμη αποδοχή της τεχνικής προσφοράς της εταιρίας ...

3.1 Η εδώ προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής πρέπει να ακυρωθεί, δεδομένου ότι, όπως θα καταδειχθεί με τις αναπτύξεις που ακολουθούν, παρά το νόμο και την Διακήρυξη, κρίθηκε ότι πληροί τους όρους της Διακήρυξης η προσφορά της εταιρίας ..., η οποία και θα έπρεπε να έχει αποκλειστεί από τον υπόψη Διαγωνισμό, αφού η υποβληθείσα τεχνική προσφορά της παραβιάζει τους όρους της Διακήρυξης και της διέπουσας τον υπόψη διαγωνισμό νομοθεσίας, καθώς και τις αρχές της νομιμότητας, της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων επίσης δε τη γενική αρχή της καλής πίστης. Οι λόγοι απόρριψης της προσφοράς της ως άνω εταιρίας, αναπτύσσονται διεξοδικά αμέσως παρακάτω.

3.2 Σύμφωνα με την πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικράτειας, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιαστών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣτΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ). Αντιστοίχως, παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των

Αριθμός απόφασης: 736/2019

διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C19/00 Siac Construction Ltd, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54 κλπ).

3.3. Επιπλέον, επισημαίνεται ότι σύμφωνα με την πάγια νομολογία των δικαστηρίων, όπως αποτυπώνεται και στη νομολογία της Αρχής Σας, αναφορικά με τις τεχνικές προδιαγραφές (βλ. ΑΕΠΠ, 7° Κλιμ. 956/2018):

«Επειδή, κατά γενική αρχή του δίκαιου που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς, αποκλεισμός τεχνικής προσφοράς προβλέπεται μόνο στην περίπτωση απόκλισης από τους απαραίτατους όρους της Διακήρυξης, ως τέτοιοι δε, θεωρούνται στο σύνολό τους οι τεχνικές προδιαγραφές (Αποφάσεις ΕΑ 1740/2004, 94/2006, 316/2006, 563/2006 κλπ). Ουσιώδης, θεωρείται όχι μόνον η απόκλιση υποβληθείσης προσφοράς από όρους της Διακηρύξεως που χαρακτηρίζονται ρητώς από αυτήν ως απαραίτατοι, αλλά και η έλλειψη ιδιότητας του προσφερομένου, προς προμήθεια, είδους, η οποία του στερεί την καταλληλότητα που απαιτείται για χρήση σύμφωνη με τον προορισμό του και που αποτελεί εξυπακουόμενη, ουσιώδη απαίτηση της εκάστοτε Διακηρύξεως (Αποφάσεις ΕΑ 720/2006, 725/2006, 1052/2008, 61/2011, υπ' αριθμ. 195/2017 Απόφαση 4ου Κλιμακίου Α.Ε.Π.Π. σκέψη 31, υπ' αριθμ. 44/2017 Απόφαση 1ου Κλιμακίου Α.Ε.Π.Π, σκέψη 15)».

«Επειδή περαιτέρω, γίνεται δεκτό ότι οι τεχνικές προδιαγραφές που τίθενται ως όροι επί ποινή αποκλεισμού από τη Διακήρυξη, όπως και οι επίμαχες τεχνικές προδιαγραφές, εξάλλου, πρέπει να συντρέχουν κατά τον χρόνο περαίωσης της διαδικασίας παραλαβής προσφορών και η διάγνωση της κατά τον χρόνο εκείνο ελλείψεώς τους, συνεπάγεται δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής αξιολόγησης να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη προσφορά (ΣΤΕ 743/2000), ενώ δεν είναι δυνατό εκ των υστέρων να προσκομισθούν νέα, κρίσιμα κατά τη υπόψη κατά τη διαδικασία ανάθεσης, ιδιότητας/προσόντος που ενώ, όχι μόνο δεν αποδείχθηκε, αλλά και ουσιαστικά έλειπε, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, τυχόν απεκτήθη μεταγενεστερώς, καθώς έτσι θα παραβιαζόταν η αρχή της τυπικότητας του Διαγωνισμού και ασφάλειας αυτού, εκθέτοντας την κατακυρωτική κρίση σε τυχαία, μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα».

Αριθμός απόφασης: 736/2019

3.4 Επιπλέον, σύμφωνα με την τελευταία παράγραφο του Παραρτήματος Γ' της Διακήρυξης: «Οι όροι των Τεχνικών Προδιαγραφών είναι απαραίσιμοι και οι προσφορές που δεν τους πληρούν απορρίπτονται».

3.5 Περαιτέρω σύμφωνα, με τη διάταξη της παρ. 4 των τεχνικών προδιαγραφών του Παραρτήματος Γ' της Διακήρυξης, ο υπό προμήθεια προβολέας θα πρέπει:«(...)

• Ακτινοβολία: <500 (W/m²).».

3.6 Εν προκειμένω, όμως, η εκπεμπόμενη ακτινοβολία σε κάθε προβολέα που προσφέρεται από την εταιρία ... είναι μεγαλύτερη από 500 W/m² και συγκεκριμένα είναι 555 W/m², σε αντίθεση με τα ρητά και επί ποινή απόρριψης οριζόμενα στη παράγραφο 4 των τεχνικών προδιαγραφών της Διακήρυξης.

3.7 Τα ανωτέρω αποδεικνύονται εναργώς από τα τεχνικά φυλλάδια που υπεβλήθησαν στο Διαγωνισμό από την εν λόγω εταιρία και συγκεκριμένα από το Φύλλο Συμμόρφωσης (βλ. σελ. 4-5 του επισυναπτόμενου με α/α 4) και το φυλλάδιο Τεχνικών Χαρακτηριστικών (βλ. σελ. 4 του επισυναπτόμενου με α/α 5).

3.8 Επισημαίνεται δε, προς αποφυγή αμφιβολιών ότι η αναφορά περί ακτινοβολίας των 347 W/m² σε φωτεινή ένταση 100.000 Lux ουδεμία απολύτως σχέση έχει με την αιτούμενη από τη Διακήρυξη μέγιστη εκπεμπόμενη ακτινοβολία. Και τούτο διότι η μέτρηση της ακτινοβολίας παγίως και βάσει των ευρωπαϊκών προτύπων EN 60601-2-41 πραγματοποιείται στη μέγιστη φωτεινή ένταση του κάθε προβολέα που εν προκειμένω είναι τα 160.000 Lux. Στη μέγιστη αυτή όμως φωτεινή ένταση του προβολέα, το προσφερόμενο από την εταιρία ... είδος αποτυγχάνει να συμμορφωθεί με την απαίτηση της μέγιστης ακτινοβολίας στα 500 W/m², αφού εκπέμπει ακτινοβολία έως και 555 W/m², όπως προκύπτει και αποδεικνύεται από τα ανωτέρω αναφερόμενα.

3.9 Συνεπώς από το σύνολο των ανωτέρω διαλαμβανόμενων προκύπτει ανενδοίαστα ότι ο προσφερόμενος προβολέας από την εταιρία ... δεν πληροί την ανωτέρω αναφερόμενη απαίτηση της Διακήρυξης, με αποτέλεσμα να τίθεται σε κίνδυνο η κατακυρωτική κρίση της Αναθέτουσας Αρχής. Επομένως, επειδή ο προσφερόμενος προβολέας της ως άνω εταιρίας δεν πληροί την τεχνική προδιαγραφή της παρ. 4, έπρεπε να απορριφθεί από την Αναθέτουσα Αρχή.

Αριθμός απόφασης: 736/2019

3.10 Όπως δε γίνεται παγίως δεκτό από τη νομολογία των δικαστηρίων αλλά και από την Αρχή Σας (βλ. ΑΕΠΠ 64/2018 1ου Κλιμ. 17/2017 6ου Κλιμ.): «Επειδή οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (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 (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ.1-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C- 87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. 1-2043, σκέψη 54)» (βλ. ΑΕΠΠ 64/2018 1ου Κλιμ).

3.11 Περαιτέρω, σύμφωνα με τη διάταξη της παρ. 4 των τεχνικών προδιαγραφών του Παραρτήματος Γ' της Διακήρυξης, ο υπό προμήθεια προβολέας θα πρέπει να έχει:«(...)

- Δυνατότητα ενεργοποίησης φωτισμού ενδοσκόπησης, ελέγχου της έντασης και του πεδίου φωτισμού από χειριστήρια ενσωματωμένα επί της κεφαλής.».

3.12 Εν προκειμένω όμως, στο προσφερόμενο από την εταιρία ... σύστημα, η ενεργοποίηση του φωτισμού ενδοσκόπησης δεν πραγματοποιείται από χειριστήρια ενσωματωμένα επί της κεφαλής, σε αντίθεση με τα ανωτέρω και επί ποινή αποκλεισμού οριζόμενα στη παράγραφο 4 των τεχνικών προδιαγραφών, αλλά μέσω της αποστειρώσιμης χειρολαβής.

3.13 Συγκεκριμένα, αρχικά, από τις παραπομπές για την απόδειξη της πλήρωσης της επίμαχης απαίτησης, στην αντίστοιχη παράγραφο του φύλλου συμμόρφωσης (βλ. σελίδα 5 αυτού) της εν λόγω εταιρίας, δεν προσδιορίζεται το πώς επιτυγχάνεται η ενεργοποίηση του φωτισμού ενδοσκόπησης. Ειδικότερα στη σελίδα 2 του Φυλλαδίου Τεχνικών Χαρακτηριστικών, δεν υφίσταται η αντίστοιχη ένδειξη «παρ.18» της πρώτης παραπομπής από το φύλλο συμμόρφωσης, επομένως, δεν αποδεικνύεται με ποιο τρόπο επιτυγχάνεται η ενεργοποίηση του φωτισμού ενδοσκόπησης.

3.14 Πολύ περισσότερο, από τα υποβληθέντα τεχνικά φυλλάδια του προσφερόμενου από την εταιρία ... προβολέα και ειδικότερα από τη σελίδα 23 του εγχειρίδιου χρήσης (επισυνάπτεται με α/α 7) και συγκεκριμένα από την παρ. 5.3.4 αυτού και από τη σελίδα 2 του Φυλλαδίου Τεχνικών

Αριθμός απόφασης: 736/2019

Χαρακτηριστικών, προκύπτει ότι ο ενδοσκοπικός φωτισμός επιτυγχάνεται μέσω της αποστειρώσιμης χειρολαβής («Λειτουργία χειρισμού μέσω αποστειρωμένης λαβής για στείρο έλεγχο του μεγέθους του φωτεινού πεδίου, της λειτουργίας backLite και της ρύθμισης της θερμοκρασίας χρώματος - "Operating function via sterile handle for sterile control of the size of the light field, the backLite function and the color temperature adjustment".)

3.15 Συνεπώς, σύμφωνα με το σύνολο των άνω αναφερόμενων, επειδή η τεχνική προσφορά της εταιρίας ..., δεν πληροί τις ανωτέρω αναφερόμενες και επί ποινή απόρριψης τεχνικές προδιαγραφές του Παραρτήματος Γ' της Διακήρυξης, πρέπει να απορριφθεί από τον υπόψη διαγωνισμό, για το σύνολο των ανωτέρω νομίμων βάσιμων και αληθών ισχυρισμών της εδώ προσφεύγουσας εταιρίας μας, δέον δε να ακυρωθεί από την Αρχή Σας η εδώ προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής, με την οποία γίνεται αποδεκτή παρανόμως η ως άνω τεχνική προσφορά στον υπόψη Διαγωνισμό.

3.16 Συνεπώς από το σύνολο των ανωτέρω αναφερόμενων δέον, όπως η εν λόγω προσβαλλόμενη απόφαση που εγκρίνει το Πρακτικό της Επιτροπής του Διαγωνισμού, απορρίπτει παρανόμως την προσφορά της εδώ προσφεύγουσας εταιρίας μας και αποδέχεται την πρόκριση στο στάδιο της οικονομικής αποσφράγισης της προσφοράς της εταιρίας ..., παρά τις πλημμέλειες αυτής, ακυρωθεί λόγω έλλειψης ορθής αιτιολογίας και αντίθεσης της στις διατάξεις του νόμου και της Διακήρυξης καθώς και στην αρχή της ίσης και αντικειμενικής μεταχείρισης όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν σε δημόσιο διαγωνισμό».

16. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής αναφέρει αυτολεξεί ότι : « 1. Τα στάδια του εν λόγω διαγωνισμού διέπονται από τις διατάξεις του Ν. 4412/2016 και συγκεκριμένα από τα οριζόμενα στο άρθρο 100, δεδομένου ότι ο διαγωνισμός διενεργήθηκε σύμφωνα με την υπ' αριθμ. .../21-12-2019 διακήρυξη του Νοσοκομείου με ημερομηνία αποσφράγισης προσφορών την 05^η - 02-2019. Ο ν.4605/01-04-2019 και συγκεκριμένα το άρθρο 43 «τροποποιήσεις διατάξεων του Ν.4412/2016» παρ.10 περ. α, το οποίο προφανώς η προσφεύγουσα εταιρεία μνημονεύει είναι μεταγενέστερο της διαδικασίας προκήρυξης του διαγωνισμού. Επομένως, δεν υπάρχει καμία παρατυπία στον τρόπο διεξαγωγής της διαγωνιστικής διαδικασίας, κατά τη γνώμη της Αναθέτουσας Αρχής.

Αριθμός απόφασης: 736/2019

2. Η άρθρωση την οποία επικαλείται η προσφεύγουσα ότι διαθέτει δυνατότητα κλίσης κατά 330° , αποτελεί βασική άρθρωση του οριζόντιου βραχίονα (και όχι άρθρωση που συνδέει αυτήν με το κέλυφος του φωτιστικού σώματος, η οποία και βρίσκεται αμέσως περιφερικότερα της επίμαχης), μέσω του οποίου επιτυγχάνεται περιστροφή του προβολέα σε όλους τους άξονες και βάσει της απαιτούμενης προδιαγραφής (προδιαγραφή 4) θα έπρεπε να διαθέτει δυνατότητα περιστροφής κατά 360° . Αυτό είναι εμφανές στο σχέδιο που κατατέθηκε στην προσφορά από τα καμπύλα βέλη που βρίσκονται κάτωθεν των αρθρώσεων. Η μη δυνατότητα πλήρους περιστροφής (360°) στην συγκεκριμένη άρθρωση, δυσχεραίνει ιδιαίτερως την τοποθέτηση του προβολέα στην επιθυμητή θέση, ιδιαίτερα όταν απαιτείται μικρή ακτίνα περιστροφής.

3. Όσον αφορά τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας που αφορά α) την εκπεμπόμενη ακτινοβολία $< 500 \text{ W/m}^2$ και β) τη δυνατότητα ενεργοποίησης φωτισμού ενδοσκοπησης ελέγχου της έντασης και του πεδίου φωτισμού από χειριστήρια ενσωματωμένα επί της κεφαλής, επισημαίνουμε τα παρακάτω:

α) απαίτηση: Ακτινοβολία $< 500 \text{ W/m}^2$

Κατά κανόνα, η ακτινοβολία μετράται στα 100.000 lux(lx) φωτεινότητας (και όχι στην μέγιστη φωτεινότητα η οποία σπάνια χρησιμοποιείται), ώστε τα σχετικά μεγέθη να είναι συγκρίσιμα, καθόσον η μέγιστη φωτεινότητα διαφέρει ανάλογα με τον προβολέα. Εξάλλου η προσφεύγουσα εταιρεία προσφέρει προβολείς (μοντέλο ...) που στο φυλλάδιο των τεχνικών προδιαγραφών που επισυνάπτει αναφέρεται φωτεινότητα 140.000 lx (ενώ από την προκήρυξη απαιτείται 160000 lx) και με αστερίσκο αναφέρεται ότι το συγκεκριμένο μοντέλο μπορεί να προσφερθεί σε ειδική έκδοση των 160000 lx (φυλλάδιο τεχνικών προδιαγραφών σελ 5). Πλην όμως τα τεχνικά χαρακτηριστικά που επισυνάπτονται, αφορούν το μοντέλο των 140000 lx . Έτσι η εκπεμπόμενη ακτινοβολία προκύπτει να είναι $488 \text{ W/m}^2 < 500 \text{ w/m}^2$. Στην πραγματικότητα η συνολική εκπεμπόμενη ακτινοβολία προκύπτει από το γινόμενο του λόγου της εκπεμπόμενης ακτινοβολίας προς τη φωτεινότητα (ο οποίος είναι σταθερός για κάθε μοντέλο και στο συγκεκριμένο είναι $3,50 \text{ mW/m}^2 \cdot \text{lx}$) επί της φωτεινότητας. Συνεπώς στη φωτεινότητα των 160000 lx η συνολική εκπεμπόμενη ακτινοβολία είναι $3,50 \text{ mW/m}^2 \cdot \text{lx} * 160000 \text{ lx} = 560000 \text{ mW/m}^2 = 560 \text{ W/m}^2 > 500 \text{ w/m}^2$.

Αριθμός απόφασης: 736/2019

Αυτό προκύπτει και στα μεγαλύτερα μοντέλα της εταιρείας (τα οποία είναι στις προδιαγραφές των 160000 lx αλλά δεν προσφέρονται) 81 και 105 με συνολική εκπεμπόμενη ακτινοβολία 590W/m² και 552w/m² αντίστοιχα.

B) απαίτηση : Δυνατότητα ενεργοποίησης φωτισμού ενδοσκοπησης, ελέγχου της έντασης και του πεδίου φωτισμού από χειριστήρια ενσωματωμένα επί της κεφαλής

Η προσφεύγουσα εταιρεία ισχυρίζεται εσφαλμένα ότι δεν αποδεικνύεται η πλήρωση της εν λόγω προδιαγραφής (ενεργοποίηση του φωτισμού ενδοσκοπησης μέσω του χειριστηρίου ενσωματωμένου επί της κεφαλής) από την ανταγωνίστρια εταιρεία, καθώς στα τεχνικά χαρακτηριστικά και στο εγχειρίδιο χρήσης φαίνεται σαφώς ότι υπάρχει χειρισμός της συγκεκριμένης λειτουργίας από χειριστήριο επί της προβολέα και επιπρόσθετα από την αποστειρωμένη χειρολαβή (λειτουργία προφανώς ενσωματωμένη επί της κεφαλής), εξασφαλίζοντας μεγαλύτερη λειτουργικότητα και ανεξαρτησία στο χειρισμό κατά τη διάρκεια ενός χειρουργείου από τον ίδιο το χειρουργό (σελ 21-23 του εγχειριδίου χρήσης της εταιρείας ...).

Αντικείμενο της διακήρυξης είναι η προμήθεια και εγκατάσταση Πέντε (5) Προβολέων Οροφής του Χειρουργείου τεχνολογίας LED (σύστημα κύριου δορυφόρου προβολέων) σύμφωνα με τα όσα ορίζονται στην Τεχνική Περιγραφή της διακήρυξης. Πρόκειται λοιπόν αυτονόητα για την υποβολή προσφορών προβολέων γενικής χειρουργικής προκειμένου να αξιολογηθεί η συμμόρφωση τους με τις τιθέμενες τεχνικές προδιαγραφές.

Η προσφεύγουσα εταιρεία ... προσέφερε τον προβολέα ... του κατασκευαστικού οίκου ... και υπέβαλε στην τεχνική προσφορά το τεχνικό φυλλάδιο της σειράς προβολέων ... του κατασκευαστικού οίκου ... στο οποίο παραπέμπει για την τεκμηρίωση της συμμόρφωσης με τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης. Στη σελίδα 4 του τεχνικού φυλλαδίου που έχει κατατεθεί εμφανίζεται πίνακας με την ενδεδειγμένη χρήση των μοντέλων προβολέων 81, 105 και 30 E με σκίαση μπλε τετραγωνιδίου για την ενδεδειγμένη χρήση, μισού μπλε τετραγωνιδίου για την εναλλακτική δυνατότητα χρήσης και με σημείωση (-) για τις περιπτώσεις που το συγκεκριμένο μοντέλο δεν είναι κατάλληλο για συγκεκριμένη χρήση.

Αναφορικά με τον προσφερόμενο προβολέα ... είναι σκιασμένο το μπλε τετραγωνίδιο δίπλα στην ένδειξη Abdominal/general surgery που υποδηλώνει

Αριθμός απόφασης: 736/2019

ότι ο προσφερόμενος προβολέας είναι κατάλληλος για γενική χειρουργική, ως εύλογα θα ανέμενε κάποιος, αφού δεν θα ήταν ούτως ή άλλως εφικτό να προσφερθεί προβολέας που δεν είναι κατάλληλος για τη χρήση για την οποία προορίζεται (για τα χειρουργεία ενός Γενικού Νοσοκομείου). Παρατηρήθηκε όμως στο κείμενο που συνοδεύει τον προαναφερθέντα πίνακα και περιγράφει τη χρήση του εν λόγω προβολέα (σελ 5 του φυλλαδίου) να αναφέρεται ότι ενδείκνυται για χειρουργικές αίθουσες όταν ο χειρουργός χρειάζεται ένα μικρό προβολέα για να αποφύγει την παρεμβολή εξοπλισμού άνωθεν της κεφαλής του (ως βοηθητικός και όχι κύριος φωτισμός) και ότι είναι έξοχος για χρήση σε χειρουργική στόματος, γναθοπροσωπική χειρουργική και αισθητική πλαστική χειρουργική (... is especially recommended for operating theatres where the surgeon needs a small lamp to avoid interference with other overhead equipment. Excellent for oral and maxillofacial surgery and aesthetic plastic surgery).

Παρατηρώντας αυτή την αναντιστοιχία ανάμεσα στον πίνακα και το κείμενο ανατρέξαμε ξανά στα δικαιολογητικά έγγραφα και τις τεχνικές προδιαγραφές και διαπιστώσαμε με έκπληξη ότι στο πρωτότυπο τεχνικό φυλλάδιο της σειράς προβολέων ... του κατασκευαστικού οίκου ... ως βρίσκεται αναρτημένο στην επίσημη ιστοσελίδα του κατασκευαστικού οίκου, στην αντίστοιχη σελίδα 4 στον αντίστοιχο ως άνω πίνακα για την καταλληλότητα των προβολέων 81,105 και 30E, το αντίστοιχο τετραγωνίδιο που αντιστοιχεί στην surgery δεν υπάρχει, αντ' αυτού υπάρχει η ένδειξη (-) που υποδηλώνει ότι ο συγκεκριμένος προβολέας δεν είναι κατάλληλος για χρήση γενικής χειρουργικής(επισυναπτόμενο το φυλλάδιο σε μορφή PDF από την τρέχουσα ιστοσελίδα της εταιρείας και την ηλεκτρονική διεύθυνση ...)

Διαπιστώνεται εμφανώς από την αντιπαραβολή του τεχνικού φυλλαδίου που κατατέθηκε από την προσφεύγουσα, με το τεχνικό φυλλάδιο που είναι αναρτημένο στην επίσημη ιστοσελίδα του κατασκευαστικού οίκου ... και τα οποία όφειλαν να είναι ίδια, ότι τελικά το κατατιθέμενο Φυλλάδιο διαφέρει, πιθανόν για να παρουσιαστεί ο προβολέας ...» κατάλληλος για χρήση γενικής χειρουργικής, ενώ στην πραγματικότητα ο ίδιος ο κατασκευαστικός οίκος δηλώνει ότι δεν είναι.

Ένα επιπλέον σημείο που δείχνει την ακαταλληλότητα του εν λόγω προσφερόμενου προβολέα είναι το γεγονός ότι διατίθεται και σε τροχήλατη

Αριθμός απόφασης: 736/2019

έκδοση για εύκολη μεταφορά, πράγμα αν όχι παράξενο, τουλάχιστον ασυνήθιστο για κύριο προβολέα μιας χειρουργικής αίθουσας στην οποία πραγματοποιούνται επεμβάσεις του μεγαλύτερου φάσματος της γενικής χειρουργικής».

17. Επειδή ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται τα κάτωθι: «II. ΑΝΑΦΟΡΙΚΑ ΜΕ ΤΟ ΑΙΤΗΜΑ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΕΥΓΟΥΣΑΣ ΠΕΡΙ ΑΚΥΡΩΣΗΣ ΤΗΣ ΠΡΟΣΒΑΛΛΟΜΕΝΗΣ ΑΠΟΦΑΣΗΣ ΛΟΓΩ ΟΥΣΙΩΔΟΥΣ ΤΥΠΟΥ ΤΗΣ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑΣ

Ως διαλαμβάνει η απόφαση 867/2018 ΑΕΠΠ στο σκεπτικό 22, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοκούς πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο κοινοτικό (ενωσιακό πλέον) δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. ΕλΣυν 70/2006 Πράξη VI Τμήματος). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000, IV Τμήμα.). Ομοίως, έχει κριθεί (ΕλΣυν 129/2007 VI Τμήμα) ότι οι αναθέτουσες αρχές κατά τη διενέργεια δημόσιων διαγωνισμών, οφείλουν σε κάθε περίπτωση να τηρούν την αρχή της απαγόρευσης των διακρίσεων, η οποία συνεπάγεται, ιδίως, υποχρέωση τήρησης της αρχής της διαφάνειας. Η τελευταία επιβάλλεται, προκειμένου η αναθέτουσα αρχή να διασφαλίζει την τήρηση της ως άνω γενικής αρχής, συνίσταται δε, μεταξύ άλλων, στον έλεγχο του αμερόληπτου χαρακτήρα οικείων διαδικασιών του διαγωνισμού (πρβλ. ΔΕΚ αποφάσεις της 07.12.2000, C-324/98, σκέψεις 60-63, της 27.11.2001, C-285/99, σκέψη 38 κ.α.). Κατά συνέπεια, προκύπτει ότι στους διενεργούμενους

Αριθμός απόφασης: 736/2019

δημόσιους διαγωνισμούς προμηθειών και υπηρεσιών, η θεσμοθέτηση σταδίων κατά τη διαδικασία ανάδειξης του αναδόχου, αλλά και η πλήρης συμμόρφωση της αναθέτουσας αρχής με τους κανόνες που θέτει η ίδια η διακήρυξη, ως προς την τήρηση των διαδικασιών και των προθεσμιών που προβλέπονται σε αυτήν, αποβλέπει ακριβώς στην κατά αντικειμενικό και διαφανή τρόπο επιλογή του τελικού αναδόχου, ενώ η μη τήρηση των εν λόγω σταδίων και η απόκλιση από τους κανόνες διεξαγωγής της διαδικασίας που θέτει η ίδια η διακήρυξη, χωρίς εύλογη αιτία και κατά παράβαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, στοιχειοθετεί παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας (ενδεικτικά ΕΛΣυν 408/2012, 600/2012, 935/2013, VI Τμήμα).

Τα παραπάνω επικαλούμαστε προς απόδειξη ότι ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί δήθεν πρόκλησης σύγχυσης κι εύλογης αμφιβολίας και ανασφάλειας αναφορικά με τον κρίσιμο χρόνο εντός του οποίου δύναται να ασκήσει το νόμιμο δικαίωμα της να προσβάλλει την απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του Νοσοκομείου δεν ευσταθεί.

Σύμφωνα με τη διακήρυξη του επίδικου διαγωνισμού, τα στάδια διενέργειας του και αξιολόγησης τους ορίζονται σαφώς. Ειδικότερα τα άρθρα 10 και 11 προβλέπουν τα ακόλουθα:

' 10. Ηλεκτρονική Αποσφράγιση Προσφορών

Η ηλεκτρονική αποσφράγιση των προσφορών θα γίνει στις 06 Φεβρουάριου 2019 ημέρα Τετάρτη και ώρα 11:30 πμ, μέσω των αρμόδιων πιστοποιημένων στο σύστημα οργάνων της Αναθέτουσας Αρχής, εφαρμοζόμενων κατά τα λοιπά των κείμενων διατάξεων για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων και διαδικασιών. Κατά την προαναφερόμενη ημερομηνία και ώρα γίνεται αποσφράγιση μόνο των ηλεκτρονικών (υπό)φακέλων «Δικαιολογητικά Συμμετοχής Τεχνική Προσφορά». Οι ηλεκτρονικοί (υπο)φάκελοι των οικονομικών προσφορών αποσφραγίζονται ηλεκτρονικά μέσω των αρμόδιων πιστοποιημένων στο σύστημα οργάνων, σε ημερομηνία και ώρα που θα γνωστοποιηθεί σε αυτούς των οποίων οι προσφορές κρίθηκαν αποδεκτές μετά την αξιολόγηση των λοιπών στοιχείων αυτών. Αμέσως μετά την ηλεκτρονική αποσφράγιση των (υπο)φακέλων «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά», οι συμμετέχοντες στο διαγωνισμό θα έχουν ηλεκτρονική πρόσβαση στο περιεχόμενο των προσφορών που αποσφραγίσθηκαν. Ομοίως, μετά την ηλεκτρονική αποσφράγιση των (υπο)φακέλων «Οικονομική

Αριθμός απόφασης: 736/2019

Προσφορά», οι προσφέροντες των οποίων οι οικονομικές προσφορές αποσφραγίσθηκαν, θα έχουν ηλεκτρονική πρόσβαση στο περιεχόμενο των προσφορών που αποσφραγίσθηκαν προκειμένου να λαμβάνουν γνώση των τιμών που προσφέρθηκαν.

11. Διαδικασία Ηλεκτρονικής Αξιολόγησης Προσφορών

Μετά την ηλεκτρονική αποσφράγιση των προσφορών η Αναθέτουσα Αρχή προβαίνει στην αξιολόγηση αυτών μέσω των αρμόδιων πιστοποιημένων στο Σύστημα οργάνων της, εφαρμοζόμενων κατά τα λοιπά των κειμένων διατάξεων για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων και των διαδικασιών της κατά περίπτωση Αναθέτουσας Αρχής. Συγκεκριμένα μέσα από το Σύστημα ιδίως:

- Η αρμόδια επιτροπή αξιολόγησης του διαγωνισμού, που έχει ορισθεί από την αναθέτουσα αρχή και τα μέλη της, πιστοποιημένοι χρήστες του συστήματος, προβαίνει στη διαδικασία ελέγχου και αξιολόγησης των κατά περίπτωση φακέλων και υποφακέλων των προσφορών.
- Η αρμόδια επιτροπή αξιολόγησης του διαγωνισμού συντάσσει και υπογράφει τα κατά περίπτωση πρακτικά αξιολόγησης των φακέλων και υποφακέλων των προσφορών.

III. ΑΠΑΡΑΔΕΚΤΗ ΠΡΟΒΟΛΗ ΑΙΤΙΑΣΕΩΝ ΤΗΣ ΥΠΟ ΚΡΙΣΗ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ ΚΑΤΑ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΤΗΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ ΜΑΣ ΣΤΟ ΠΑΡΟΝ ΣΤΑΔΙΟ - ΕΛΛΕΙΨΗ ΕΝΝΟΜΟΥ ΣΥΜΦΕΡΟΝΤΟΣ

Η προσφεύγουσα εταιρεία ως προσφέρουσα έχει αποκλεισθεί από τη διαγωνιστική διαδικασία δυνάμει της με αρ. 113/03.04.2019 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ΓΝ... «...», με την οποία αποφασίσθηκε ομόφωνα η έγκριση του με αρ. πρωτ. .../.../26.03.2019 Πρακτικού της Επιτροπής Αξιολόγησης του εν λόγω διαγωνισμού, δεδομένου ότι αποφάσισε τη μη αποδοχή της τεχνικής προσφοράς της προσφεύγουσας εταιρίας επειδή δεν πληροί όλους τους όρους των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης και συγκεκριμένα το Πρακτικό τεχνικής αξιολόγησης διέλαβε ότι «η εταιρεία Σ. ... με αριθμό ... προσφέρει συστήματα που διαθέτουν δυνατότητα περιστροφής των προβολέων κατά 330° ενώ στην παράγραφο 4 των Τεχνικών Προδιαγραφών της Διακήρυξης αναφέρεται να διαθέτουν δυνατότητα περιστροφής των προβολέων 360°».

Αριθμός απόφασης: 736/2019

Η προσφεύγουσα στο εδάφιο 1.7. της προσφυγής της ισχυρίζεται ότι αβασίμως και παρανόμως η Αναθέτουσα Αρχή, κατ' αποδοχή του Πρακτικού Επιτροπής, έκρινε ότι η τεχνική προσφορά της παρεμβαίνουσας εταιρίας μας καλύπτει πλήρως τις τεχνικές προδιαγραφές ενώ, στην πραγματικότητα, δήθεν η προσφορά μας δεν είναι σύμφωνη με τους όρους της Διακήρυξης, αλλά παρουσιάζει ουσιώδεις αποκλίσεις από αυτούς.

Έχει παγίως κριθεί από τη νομολογία, ότι ο διαγωνιζόμενος ο οποίος νομίμως αποκλείεται από το διαγωνισμό δεν έχει έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, καθόσον με τον αποκλεισμό του καθίσταται, ως προς το διαγωνισμό αυτό, τρίτος (βλ. Ε.Α. ΣτΕ 301/2011, 748/2010, 1317/2009, ΣτΕ 2817/2008, 1450/2007 και 666/2006). Κατ' εξαίρεση, όμως, και προς διασφάλιση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, η οποία αποτελεί ειδικότερη έκφανση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας που διέπουν το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, με έννομο συμφέρον προβάλλει ισχυρισμούς αναφερόμενους αποκλειστικώς στην αποδοχή της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, παρά τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ίδιου με εκείνον που απετέλεσε την αιτιολογία αποκλεισμού του (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 174/2016, 44/2014, 106/2013, 380/2012, 671/2011, 1156, 329/2010, 246/2009). (ΕΑ ΣτΕ, 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). Η περίπτωση αυτή δεν συντρέχει εν προκειμένω και η προσφυγή αναφορικά με τις αιτιάσεις κατά της δικής μας προσφοράς πρέπει να απορριφθεί ελλείψει εννόμου συμφέροντος. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα δεν περιλαμβάνει συγκεκριμένες αιτιάσεις στο δικόγραφο της κατά της προσφοράς της εταιρείας μας αναφορικά με πλημμέλεια μη πλήρωσης της ίδια προδιαγραφής για την οποία αποκλείσθηκε η δική της προσφορά. Για την πληρότητα οπωσδήποτε της παρούσας περαιτέρω θα αντικρούσουμε στην ουσία όλους του ισχυρισμούς που προβάλλει στο δικόγραφο της η προσφεύγουσα κατά της αποδοχής της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας μας.

IV. ΝΟΜΩ ΚΑΙ ΟΥΣΙΑ ΑΒΑΣΙΜΟ ΤΩΝ ΑΙΤΙΑΣΕΩΝ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΕΥΓΟΥΣΑΣ ΚΑΤΑ ΤΗΣ ΑΠΟΡΙΨΗΣ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΤΗΣ

Αριθμός απόφασης: 736/2019

Το Πρακτικό τεχνικής αξιολόγησης διέλαβε ότι «η εταιρεία Σ. ... με αριθμό ... προσφέρει συστήματα που διαθέτουν δυνατότητα περιστροφής των προβολέων κατά 330° ενώ στην παράγραφο 4 των Τεχνικών Προδιαγραφών της Διακήρυξης αναφέρεται να διαθέτουν δυνατότητα περιστροφής των προβολέων 360°».

Στο δικόγραφο της προσφυγής της στο εδάφιο 2.7. η αποκλεισθείσα εταιρεία ... αναφορικά με την έτερη απαίτηση της επίμαχης προδιαγραφής της παρ. 4, ήτοι ο προσφερόμενος προβολέας να διαθέτει δυνατότητα κλίσης ως προς το οριζόντιο επίπεδο και προς απόδειξη της σχετικής απάντησης της στο υποβληθέν Φύλλο Συμμόρφωσης (περί δυνατότητας κλίσης ως προς το οριζόντιο επίπεδο κατά 330°) παραπέμπει ξανά στο Σχέδιο του κατασκευαστικού οίκου και ισχυρίζεται ότι από την επισκόπηση του ως άνω Σχεδίου αποδεικνύεται ανενδοίαστα ότι το κέλυφος του κάθε προβολέα διαθέτει άρθρωση με δυνατότητα κλίσης ως προς το οριζόντιο επίπεδο, κατά την απαίτηση της Διακήρυξης και μάλιστα, κατά 330°.

Προς αντίκρουση των παραπάνω λεκτέο ότι η άρθρωση την οποία επικαλείται η προσφεύγουσα ότι διαθέτει δυνατότητα κλίσης κατά 330°, αποτελεί βασική άρθρωση του οριζόντιου βραχίονα (και όχι η άρθρωση που συνδέει αυτήν με το κέλυφος του φωτιστικού σώματος) (βλέπετε συνημμένο 1 & σημείο1), μέσω του οποίου επιτυγχάνεται περιστροφή του προβολέα σε όλους τους άξονες και βάσει της οικείας προδιαγραφής (προδιαγραφή 4) θα έπρεπε να διαθέτει δυνατότητα περιστροφής κατά 360°. Η μη δυνατότητα πλήρους περιστροφής (360°) στην συγκεκριμένη άρθρωση, δυσχεραίνει ιδιαιτέρως την τοποθέτηση του προβολέα στην επιθυμητή θέση, ιδιαίτερα όταν απαιτείται μικρή ακτίνα περιστροφής, και ορθώς αποκλείσθηκε η προσφορά της για τον λόγο αυτό.

V. ΝΟΜΩ ΚΑΙ ΟΥΣΙΑ ΑΒΑΣΙΜΟ ΤΩΝ ΑΙΤΙΑΣΕΩΝ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΕΥΓΟΥΣΑΣ ΚΑΤΑ ΤΗΣ ΑΠΟΔΟΧΗΣ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΤΗΣ ΠΑΡΕΜΒΑΙΝΟΥΣΑΣ

Επί του προβαλλόμενου 1ου λόγου προσφυγής

Η προσφεύγουσα εταιρεία στο εδάφιο 3.5. επ. της διακήρυξης αναφορικά με τη διάταξη της παραγράφου 4 των τεχνικών προδιαγραφών του Παραρτήματος Γ της διακήρυξης, ισχυρίζεται ότι η εκπεμπόμενη ακτινοβολία σε κάθε προβολέα που προσφέρεται από την εταιρία ... είναι μεγαλύτερη από 500 W/m² και συγκεκριμένα είναι 555 W/m², σε αντίθεση με τα ρητά και επί

Αριθμός απόφασης: 736/2019

ποινή απόρριψης οριζόμενα στη παράγραφο 4 των τεχνικών προδιαγραφών της Διακήρυξης.

Η εταιρεία μας στο κατατιθέμενο στη προσφορά της φύλλο συμμόρφωσης απάντησε ως ακολούθως: 'Ακτινοβολία στα 100.000 lux: 347 (W/m²) και στην ενισχυμένη λειτουργία (160.000 lux) 555 (W/m²)'

Επί του παραπάνω λόγου λεκτέο ότι κατά κανόνα, η ακτινοβολία μετρείται στα 100.000 Lux (και όχι στην μέγιστη φωτεινότητα η οποία σπάνια χρησιμοποιείται), ώστε τα σχετικά μεγέθη να είναι συγκρίσιμα, καθόσον η μέγιστη φωτεινότητα διαφέρει ανάλογα με τον προβολέα. Εξάλλου, όπως προκύπτει από την τεχνική τεκμηρίωση της προσφεύγουσας (βλέπετε συνημμένο 2, σημεία 1 & 2), το μέγεθος της ακτινοβολίας που εκπέμπεται από τον προσφερόμενο προβολέα και δηλώνεται στην υποβληθείσα τεχνική προσφορά, ανταποκρίνεται σε φωτεινότητα 140.000 lux και όχι στην μέγιστη φωτεινότητα των 160.000 Lux, που επιτυγχάνεται με την ενισχυμένη λειτουργία του εν λόγω προβολέα. Σε κάθε περίπτωση, βάσει του σχετικού προτύπου περί ασφάλειας φωτιστικών σωμάτων EN 60601-02-41, η εν λόγω ακτινοβολία δεν πρέπει να υπερβαίνει τα 1.000 W/m² ανά φωτιστικό σώμα.

Ορθώς συνεπώς κρίθηκε η προσφορά της εταιρείας μας τεχνικά αποδεκτή και αξιολογήθηκε εντός προδιαγραφών. Για τους παραπάνω λόγους πρέπει να απορριφθεί η αιτίαση της προσφεύγουσας για τον προβληθέντα πρώτο λόγο της προσφυγής της.

Επί του προβαλλόμενου 2ου λόγου προσφυγής Η προσφεύγουσα στον δεύτερο λόγο που προβάλλει στο δικόγραφο της στο εδάφιο 3.11. εσφαλμένως επί σκοπώ απόρριψης της προσφοράς της εταιρείας μας υποστηρίζει αναφορικά με τη διάταξη της παραγράφου 4 των τεχνικών προδιαγραφών του Παραρτήματος Γ της διακήρυξης ότι στο προσφερόμενο από την εταιρία ... σύστημα, η ενεργοποίηση του φωτισμού ενδοσκοπήσης δεν πραγματοποιείται από χειριστήρια ενσωματωμένα επί της κεφαλής, σε αντίθεση με τα ανωτέρω και επί ποινή αποκλεισμού οριζόμενα στη παράγραφο 4 των τεχνικών προδιαγραφών, αλλά μέσω της αποστειρώσιμης χειρολαβής.

Η προσφεύγουσα εταιρεία ψευδώς και δολίως ισχυρίζεται ότι δεν αποδεικνύεται η πλήρωση της εν λόγω προδιαγραφής (ενεργοποίηση του φωτισμού ενδοσκοπήσης μέσω του χειριστηρίου) καθόσον, όπως προκύπτει από την οικεία παραπομπή (ΕΓΧΕΙΡΙΔΙΟ ΧΡΗΣΗΣ, ΣΕΛ. 20 έως 22,

Αριθμός απόφασης: 736/2019

παράγραφος 5.3.3) προκύπτει πέραν πάσης αμφισβήτησης ότι πληρείται η οικεία απαίτηση (βλέπετε συνημμένο 3, σελ.21, σημείο 1)

Ορθώς συνεπώς κρίθηκε η προσφορά της εταιρείας μας τεχνικά αποδεκτή και αξιολογήθηκε εντός προδιαγραφών. Για τους παραπάνω λόγους πρέπει να απορριφθεί η αιτίαση της προσφεύγουσας για τον προβληθέντα δεύτερο λόγο της προσφυγής της.

VI. ΛΟΓΟΣ ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΥ ΚΑΤ' ΑΡΘΡΟ 73 Ν.4412/2016

Αντικείμενο της διακήρυξης είναι η προμήθεια και εγκατάσταση Πέντε (5) Προβολέων Οροφής του Χειρουργείου τεχνολογίας LED (σύστημα κύριου δορυφόρου προβολέων) σύμφωνα με τα όσα ορίζονται στην Τεχνική Περιγραφή της διακήρυξης (Παράρτημα Γ). Ωσαύτως η απαίτηση προϋποθέτει αυτονόητα την υποβολή προσφορών προβολέων γενικής χειρουργικής προκειμένου να αξιολογηθεί η συμμόρφωση τους με τις τιθέμενες τεχνικές προδιαγραφές.

Η προσφεύγουσα εταιρεία ... προσέφερε τον προβολέα ... του κατασκευαστικού οίκου ... και υπέβαλε στην τεχνική προσφορά το τεχνικό φυλλάδιο της σειράς προβολέων ... κατασκευαστικού οίκου ... (βλέπετε συνημμένο 4) στο οποίο παραπέμπει για την τεκμηρίωση της συμμόρφωσης με τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης. Στη σελίδα 4 του τεχνικού φυλλαδίου που έχει κατατεθεί εμφανίζεται πίνακας με την ενδεδειγμένη χρήση των μοντέλων προβολέων 81,105 και 30 E με σκίαση μπλε τετραγωνιδίου για την ενδεδειγμένη χρήση, μισού μπλε τετραγωνιδίου για την εναλλακτική δυνατότητα χρήσης και με σημείωση - για τις περιπτώσεις που το συγκεκριμένο μοντέλο δεν είναι κατάλληλος για συγκεκριμένη χρήση. Αναφορικά με τον προσφερόμενο προβολέα ... είναι σκιασμένο το μπλε τετραγωνίδιο δίπλα στην ένδειξη *Abdominal/general surgery* που δηλώνεται ότι ο προσφερόμενος προβολέας είναι κατάλληλος για γενική χειρουργική, ως εύλογα θα ανέμενε κάποιος, αφού δεν θα ήταν ούτως ή άλλως εφικτό να προσφερθεί προβολέας που δεν είναι κατάλληλος για τη χρήση για την οποία προορίζεται, ήτοι για τα χειρουργεία του Νοσοκομείου. Δηλαδή η μη σκίαση του εν λόγω τετραγωνιδίου σημαίνει αποκλεισμό του είδους ως μη κατάλληλου για την χρήση για την οποία προορίζεται.

Ωστόσο μετά από σχετικό έλεγχο διαπιστώσαμε ανατρέχοντας στο πρωτότυπο τεχνικό φυλλάδιο της σειράς προβολέων ... κατασκευαστικού οίκου ...

Αριθμός απόφασης: 736/2019

βρίσκεται αναρτημένο στην επίσημη ιστοσελίδα του κατασκευαστικού οίκου, ότι στην αντίστοιχη σελίδα 4 στον αντίστοιχο ως άνω πίνακα για την καταλληλότητα των προβολέων 81,105 και 30 E, το αντίστοιχο τετραγωνίδιο που αντιστοιχεί στην καταλληλότητα του προβολέα 30E δίπλα στην ένδειξη Abdominal/general surgery δεν υπάρχει, αντ' αυτού υπάρχει η ένδειξη - που αποδεικνύει ότι ο συγκεκριμένος προβολέας δεν είναι κατάλληλος για χρήση γενικής χειρουργικής!!! (βλέπετε συνημμένο 5)

Διαπιστώνεται ευλόγως από την αντιπαραβολή του τεχνικού φυλλαδίου που κατατέθηκε από την προσφεύγουσα με το τεχνικό φυλλάδιο που είναι αναρτημένο στην επίσημη ιστοσελίδα του κατασκευαστικού οίκου ... και τα οποία όφειλαν να είναι ίδια, ότι εν τέλει το κατατιθέμενο με ευθύνη του συμμετέχοντος φυλλάδιο είναι προφανώς διάφορο του επισήμου. Προκύπτει ότι έχει παραποιηθεί προκειμένου να παρουσιαστεί ο προβολέας 30E ως κατάλληλος για χρήση γενικής χειρουργικής, ενώ στην πραγματικότητα ο ίδιος ο κατασκευαστικός οίκος δηλώνει ότι δεν είναι κατάλληλος για γενική χειρουργική.

Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 5. ΛΟΓΟΙ ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΥ - ΚΡΙΤΗΡΙΑ ΕΠΙΛΟΓΗΣ - ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ της διακήρυξης, 5.1.Λόγοι αποκλεισμού: 'Περαιτέρω, με την επιφύλαξη της παραγράφου 7 του άρθρου 73, ένας οικονομικός φορέας αποκλείεται από την διαδικασία του παρόντος διαγωνισμού στις ακόλουθες περιπτώσεις: Α, ΣΤ) εάν ο οικονομικός φορέας επιχειρεί να επηρεάσει με αθέμιτο τρόπο τη διαδικασία λήψης αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, να αποκτήσει εμπιστευτικές πληροφορίες που ενδέχεται να του αποφέρουν αθέμιτο πλεονέκτημα στη διαδικασία σύναψης σύμβασης ή να παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση,....'

Επειδή η συμπεριφορά αυτή προσκομιδής φυλλαδίου που είναι διάφορο του επισήμου αποτελεί τουλάχιστον παραπλανητική πληροφορία και προκύπτει η ελάχιστη απαιτούμενη από τον νόμο 4412/2016 αμέλεια.

Επειδή έτι περαιτέρω κατά το άρθρο 216 παρ. 1 του Π.Κ., όποιος καταρτίζει πλαστό ή νοθεύει έγγραφο με σκοπό να παραπλανήσει με τη χρήση του άλλων σχετικά με γεγονός που μπορεί να έχει έννομες συνέπειες τιμωρείται με φυλάκιση τουλάχιστον τριών μηνών. Η χρήση του εγγράφου από αυτόν

Αριθμός απόφασης: 736/2019

θεωρείται επιβαρυντική περίπτωση. Από την διάταξη αυτή προκύπτει ότι δια την στοιχειοθέτηση του εγκλήματος της πλαστογραφίας με την μορφή της νοθεύσεως εγγράφου, απαιτείται αντικειμενικώς μεν η νόθευση γνησίου εγγράφου, δηλαδή η αλλοίωση της έννοιας του περιεχομένου του, η οποία μπορεί να γίνει με την προσθήκη ή εξάλειψη λέξεων, αριθμών ή σημείων, υποκειμενικώς δε δόλος, που περιλαμβάνει την γνώση και την θέληση των πραγματικών περιστατικών, τα οποία απαρτίζουν την πράξη αυτή και σκοπό του υπαιτίου να παραπλανήσει με την χρήση του νοθευμένου εγγράφου άλλον για γεγονός που μπορεί να έχει έννομες συνέπειες, οι οποίες μπορεί να αφορούν τον παραπλανώμενο ή τρίτο, ασχέτως αν επετεύχθη ή όχι η παραπλάνηση.

Επειδή είναι προφανές ότι η προσφεύγουσα εταιρεία προέβηκε εν γνώσει της στην προσκομιδή του τεχνικού φυλλαδίου της σειράς προβολών ... του κατασκευαστικού οίκου ... στο οποίο παραπέμπει για την τεκμηρίωση της συμμόρφωσης με τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης και δη στη σελίδα 4 του τεχνικού φυλλαδίου που έχει κατατεθεί στο σημείο όπου εμφανίζεται πίνακας με την ενδειγμένη χρήση των μοντέλων προβολών 81,105 και 30 E με σκίαση μπλε τετραγωνιδίου για την ενδειγμένη χρήση, μισού μπλε τετραγωνιδίου για την εναλλακτική δυνατότητα χρήσης και με σημείωση - για τις περιπτώσεις που το συγκεκριμένο μοντέλο δεν είναι κατάλληλος για συγκεκριμένη χρήση, και ειδικότερα αναφορικά με τον προσφερόμενο προβολέα ... όπου φέρεται σκιασμένο το μπλε τετραγωνίδιο δίπλα στην ένδειξη *Abdominal/general surgery* που υποδηλώνει ότι ο προσφερόμενος προβολέας είναι κατάλληλος για γενική χειρουργική, ενώ στο πραγματικό φυλλάδιο του κατασκευαστικού οίκου δηλώνεται στο ίδιο σημείο με την δέουσα ένδειξη - ότι ο προβολέας 30E δεν είναι κατάλληλος για γενική χειρουργική.

Επειδή είναι προφανές ότι η προσφεύγουσα εταιρεία προέβηκε στην ανωτέρω ενέργεια με πρόθεση οδηγήσει την Αναθέτουσα Αρχή στην κρίση περί καταλληλότητας του προσφερόμενου προβολέα επιχειρώντας να επηρεάσει με αθέμιτο τρόπο τη διαδικασία λήψης αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, και παρείχε παραπλανητικές πληροφορίες που δύνανται να επηρεάζουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση. Με την ενέργεια αυτή υπέπεσε σε σοβαρότατο αδίκημα το οποίο επιφέρει τον αποκλεισμό της από τη διαδικασία του διαγωνισμού κατά τον

Αριθμός απόφασης: 736/2019

Νόμο 4412/2016 (ο οποίος αρκείται σε αμέλεια- πολύ περισσότερο όταν υπάρχει θετική δράση προσκομιδής ανακριβούς και παραπλανητικού υλικού απόδειξης).

Επειδή η παραπάνω ενέργεια-ανεξαρτήτως της γνώσης ή μη του κατασκευαστικού οίκου- αποτελεί σοβαρό παράπτωμα στη διαδικασία αλλά και μπορεί να στοιχειοθετήσει και ποινικό αδίκημα με τις όποιες επακόλουθες συνέπειες.

Επειδή είναι κατ' ελάχιστον προκλητικό αλλά σίγουρα λυπηρό η προσφεύγουσα να επικαλείται στο δικόγραφο της παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας από πλευράς της Αναθέτουσας και την ίδια στιγμή να έχει προβεί σε κατάθεση ανακριβούς προσπέκτους που αποτελεί μέρος της τεχνικής προσφοράς της προκειμένου να άγει την Επιτροπή Αξιολόγησης σε αποδοχή της, ενώ επιπλέον προβάλλει αιτιάσεις κατά της δικής μας προσφοράς όταν η ίδια όχι μόνο αποκλείσθηκε αλλά γνωρίζει ότι δεν πληροί την βασική απαίτηση καταλληλότητας των προσφερόμενων προβολέων για γενική χειρουργική.

Επειδή σε κάθε περίπτωση δέον όπως η προσφορά της αποκλεισθεί για τον παρόντα διαγωνισμό, καλούμε δε την Αναθέτουσα Αρχή όπως προβεί σε κάθε ενδεδειγμένη ενέργεια προκειμένου να προστατέψει το κύρος του διαγωνισμού και της ίδιας της Αρχής, η δε εταιρεία μας επιφυλάσσεται παντός εννόμου δικαιώματος της.».

18. Επειδή στο από 12.06.2019 υπόμνημα του προσφεύγοντος αναφέρονται αυτολεξεί τα κάτωθι: «**B. ΕΠΙ ΤΩΝ ΑΠΟΨΕΩΝ ΤΗΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ**

1.1. Αναφορικά με τους ισχυρισμούς της Αναθέτουσας Αρχής, που αναπτύσσονται στις παραγράφους 1, 2 και 3 των από 24.05.2019 απόψεων αυτής, ενώπιον της Αρχής Σας, για την απόρριψη της από 14.05.2019 προδικαστικής προσφυγής μας, εμμένουμε και παραπέμπουμε στους σχετικούς ισχυρισμούς μας, όπως αναπτύσσονται νόμιμα και βάσιμα στην ως άνω προσφυγή μας, δεδομένου ότι κατά τη δική μας θεώρηση, ουδέν ουσιώδες και άξιο αντίκρουσης, εισφέρεται από την Αναθέτουσα Αρχή.

1.2. Περαιτέρω, οι ισχυρισμοί που αναπτύσσονται στο από 24.05.2019 έγγραφο των απόψεων της Επιτροπής του Διαγωνισμού στην ενότητα με τίτλο «**ΣΗΜΑΝΤΙΚΗ ΕΠΙΣΗΜΑΝΣΗ - ΔΙΑΠΙΣΤΩΣΗ**», αναφορικά με την δήθεν

Αριθμός απόφασης: 736/2019

οψίμως προκύπτουσα μη καταλληλόλητα των προσφερόμενων από την προσφεύγουσα εταιρία μας χειρουργικών προβολέων για χρήση γενικής χειρουργικής, από το πρωτότυπο τεχνικό φυλλάδιο της οικείας σειράς προβολέων ... του ιταλικού κατασκευαστικού οίκου ... (σελίδα 4 αυτού), δέον να απορριφθούν από την Αρχή Σας ως παντελώς αβάσιμοι, στο σύνολό τους, για τους ακόλουθους λόγους.

1.3. Σύμφωνα με την πάγια νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης και του Συμβουλίου της Επικράτειας, όπως παγίως εκτίθεται στις αποφάσεις της Αρχής Σας (μεταξύ πολλών η σχετική με την υπόθεση A229/2019 του 8ου Κλιμακίου):

«Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS *Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, Επιτροπή κατά Δανίας, C-243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, *SIAC Construction*, C-19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, *Μηχανική*, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, *MT Højgaard και Zublin*, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, *UniversaleBau*, C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG*

Αριθμός απόφασης: 736/2019

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)».

«Επειδή, κατά γενική αρχή του δικαίου που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς, δεν επιτρέπεται η μετά τη διενέργεια (ή κατά τη διάρκεια) διαγωνισμού τροποποίηση των όρων της διακηρύξεως που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο που τον διέπει και η βάσει των νέων όρων αξιολόγηση ή αποκλεισμός των προσφορών που ήδη υποβλήθηκαν (πρβλ σχετ. Ε.Α. 179/2009 σκ.5). Αποκλεισμός τεχνικής προσφοράς προβλέπεται μόνο στην περίπτωση απόκλισης από τους απαραίτατους όρους της διακήρυξης, ως τέτοιοι δε θεωρούνται στο σύνολό τους οι τεχνικές προδιαγραφές (Ε.Α. ΣΤΕ 1740/2004, 93,316,563/2006) εκτός εάν ορισμένες είναι σύμφωνα με τη διακήρυξη προαιρετικές (ΣΤΕ ΕΑ 192/2012, 291/2011, ΕΣ Τμ. Μείζ.-Επταμ. 2446/2012, Γνωμ. ΝΣΚ 521/2011) ή ότι είναι αποδεκτή η πλήρωση μέρους μόνο αυτών (ΔΕΦΑΘ 230/2012)».

1.4. Αρχικά, υπό το φως της ανωτέρω νομολογίας, είναι μείζονος σημασίας να καταστεί σαφές ότι, όπως προκύπτει ευθέως από την απλή επισκόπηση της Διακήρυξης του Διαγωνισμού, δεν υπήρχε καμία αναφορά στα απαιτούμενα πεδία εφαρμογής των υπό προμήθεια χειρουργικών προβολέων (ήτοι για γενική χειρουργική, χειρουργική στόματος, αισθητική πλαστική χειρουργική). Συνεπώς, η Αναθέτουσα Αρχή, η οποία υπέχει εκ των ανωτέρω αναφερόμενων, υποχρέωση να εκφράζεται με σαφήνεια, δεν δύναται νόμιμα να απορρίψει την τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας εταιρίας μας επικαλούμενη απόκλιση από όρους του Διαγωνισμού, τους οποίους όρισε οψίμως, ήτοι κατόπιν της υποβολής των προσφορών.

1.5. Ανεξαρτήτως των ανωτέρω αναφερόμενων, η προσφεύγουσα εταιρία μας, σε κάθε περίπτωση προσέφερε στο Διαγωνισμό χειρουργικούς προβολείς απολύτως κατάλληλους για επεμβάσεις γενικής χειρουργικής.

1.6. Ειδικότερα, ο προσφερόμενος κύριος και δορυφόρος προβολέας (...) είναι κατάλληλος, μεταξύ άλλων, για χρήση σε επεμβάσεις γενικής χειρουργικής και τούτο προκύπτει ανενδοίαστα από το σύνολο των εγγράφων και δικαιολογητικών που περιλαμβάνονται στη νόμιμα και εμπρόθεσμα υποβληθείσα προσφορά μας. Η αναφορά δε, στη σελίδα 5 του τεχνικού φυλλαδίου, που επικαλείται η Αναθέτουσα Αρχή στις υπό κρίση απόψεις της, ότι ο το μοντέλο ... είναι «έξοχο για χρήση σε χειρουργική στόματος,

Αριθμός απόφασης: 736/2019

γναθοπροσωπική χειρουργική και αισθητική πλαστική χειρουργική» ("Excellent for oral and maxillofacial surgery and aesthetic plastic surgery"), επ' ουδενί αντιφάσκει με τις δηλώσεις και την τεχνική προσφορά της εταιρίας μας, ούτε υπό οποιαδήποτε εκδοχή καταδεικνύει μη καταλληλότητα του προσφερόμενου προβολέα για γενική χειρουργική χρήση.

1.7. Περαιτέρω και προς διασκέδαση κάθε αμφιβολίας και δημιουργίας εντυπώσεων, διευκρινίζουμε ότι, οι επίμαχες αναφορές στο τεχνικό φυλλάδιο του κατασκευαστικού οίκου ..., όπως είναι αναρτημένο στην επίσημη ιστοσελίδα του εν λόγω οίκου και όπως επισυνάπτεται από την Αναθέτουσα Αρχή στις υπό κρίση απόψεις της, προορίζονται για την έκδοση του μοντέλου ... στα 140.000 lux σε 1 m, το οποίο σημειώνεται ότι δεν διατίθεται πλέον και αφορούν σε μονό προβολέα, ο οποίος δεν είναι εξοπλισμένος με δορυφόρο προβολέα. Τουναντίον, από το σύνολο των υποβληθέντων δικαιολογητικών με την τεχνική προσφορά της εταιρίας μας προκύπτει αδιαμφισβήτητα ότι ο προσφερόμενος χειρουργικός προβολέας είναι το μοντέλο (...) στα 160.000 lux σε 1 m (όπως π.χ. από το υποβληθέν «Product Data» (Στοιχεία Προϊόντος), που επισυνάπτεται στο παρόν με α/α [1],

1.8. Προς απόδειξη των ανωτέρω αναφερόμενων επισυνάπτουμε στο παρόν την από 05.06.2019 βεβαίωση του κατασκευαστικού οίκου ... (επισυνάπτεται με α/α 2), στην αγγλική γλώσσα και νομίμως μεταφρασμένη στην ελληνική γλώσσα, από την απλή επισκόπηση της οποίας προκύπτει ότι: «Αναφορικά με τη συμμετοχή της ... "..." (με Α.Φ.Μ. ...) στον προαναφερόμενο διαγωνισμό, θα θέλαμε να δηλώσουμε ότι ο προσφερόμενος Προβολέας μοντέλο ... κατά το χρόνο διεξαγωγής του διαγωνισμού ήταν διαθέσιμος σε τυπική έκδοση μέγιστου φωτισμού E_c 140.000 Lux σε 1m και προαιρετικά 160.000 Lux σε 1m, ανάλογα με τις ανάγκες του πελάτη.

Ο προσφερόμενος προβολέας, ο οποίος αποτελείται από κύριο (...) και δορυφόρο (...) προβολέα από τώρα και στο εξής θα παράγεται ως τυπική έκδοση με E_c 160.000 σε 1m.

Οι αναφορές για ένα δευτερεύον / βοηθητικό προβολέα στο επίσημο φυλλάδιο προορίζονται για έκδοση 140.000 lux σε 1 m- που δεν υπάρχει πλέον - και φυσικά, σε περίπτωση μονού προβολέα (που δεν είναι εξοπλισμένος με δορυφόρο προβολέα). Σε διάταξη διπλού προβολέα και σε ειδική έκδοση έντασης του φωτός 160.000 LUX σε 1m (κύριος και δορυφόρος, όπως

Αριθμός απόφασης: 736/2019

προσφέρεται στο παραπάνω διαγωνισμό), είναι ιδανικοί για Γενική Χειρουργική.

Σε κάθε περίπτωση, όπως έχει ήδη αναφερθεί σε όλα τα φυλλάδια, η ... διατηρεί το δικαίωμα να βελτιώσει τα προϊόντα στον κατάλογο χωρίς προηγούμενη ειδοποίηση».

1.9. Συνεπώς και με βάση την ανωτέρω ρητή δήλωση του οικείου κατασκευαστικού οίκου καθίσταται πανηγυρικά σαφές ότι ο προσφερόμενος από την εταιρία μας χειρουργικός προβολέας στο Διαγωνισμό είναι απολύτως κατάλληλος για επεμβάσεις γενικής χειρουργικής και ότι οι ισχυρισμοί της Αναθέτουσας Αρχής είναι παντελώς αβάσιμοι, δέον για το λόγο αυτό να απορριφθούν από την Αρχή Σας, οι υπό κρίση απόψεις στο σύνολό τους.

19. Επειδή η παρ. 1 του άρθρου 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. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων [...]».

20. Επειδή, το άρθρο 53 παρ. 1 και 2 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 σύμβασηςπεριέχουν ιδίως :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

Αριθμός απόφασης: 736/2019

αντικείμενο της σύμβασης, ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων, [...] ιε) το κριτήριο ανάθεσης, τη διαδικασία και τα κριτήρια αξιολόγησης των προσφορών, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στα άρθρα 86 και 87».

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. 3. Οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται με έναν από τους κατωτέρω τρόπους: α) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, συμπεριλαμβανομένων των περιβαλλοντικών χαρακτηριστικών, υπό την προϋπόθεση ότι οι παράμετροι είναι επαρκώς προσδιορισμένες ώστε να επιτρέπουν στους προσφέροντες να προσδιορίζουν το αντικείμενο της σύμβασης και στις αναθέτουσες αρχές να αναθέτουν τη σύμβαση, β) με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και, με σειρά προτεραιότητας, σε εθνικά πρότυπα που αποτελούν μεταφορά ευρωπαϊκών πρότυπων, σε ευρωπαϊκές τεχνικές εγκρίσεις, σε κοινές τεχνικές προδιαγραφές, σε διεθνή πρότυπα, σε άλλα τεχνικά συστήματα αναφοράς που έχουν θεσπιστεί από ευρωπαϊκούς οργανισμούς τυποποίησης ή -όταν αυτά δεν υπάρχουν- σε εθνικά πρότυπα, σε εθνικές τεχνικές εγκρίσεις ή σε εθνικές τεχνικές προδιαγραφές στον τομέα του σχεδιασμού, του υπολογισμού και της εκτέλεσης των έργων και της χρησιμοποίησης των αγαθών, κάθε παραπομπή συνοδεύεται από τον όρο ή «ισοδύναμο», γ) ως επιδόσεις ή λειτουργικές

Αριθμός απόφασης: 736/2019

απαιτήσεις κατά τα οριζόμενα στην περίπτωση α', με παραπομπή, ως τεκμήριο συμβατότητας προς τις εν λόγω επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β', δ) με παραπομπή στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' για ορισμένα χαρακτηριστικά και με παραπομπή στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις που αναφέρονται στην περίπτωση α' για ορισμένα άλλα χαρακτηριστικά. 4. Οι τεχνικές προδιαγραφές, εκτός εάν δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, δεν περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που να χαρακτηρίζει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που παρέχονται από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα ούτε εμπορικού σήματος, διπλώματος ευρεσιτεχνίας, τύπων ή συγκεκριμένης καταγωγής ή παραγωγής που θα είχε ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή ορισμένα προϊόντα. Η εν λόγω μνεία επιτρέπεται, κατ' εξαίρεση, όταν δεν είναι δυνατόν να γίνει επαρκώς προσδιορισμένη και κατανοητή περιγραφή του αντικείμενου της σύμβασης κατ' εφαρμογή της παρ. 3. Η εν λόγω μνεία συνοδεύεται από τον όρο «ή ισοδύναμο». 5. Όταν η αναθέτουσα αρχή χρησιμοποιεί τη δυνατότητα παραπομπής στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' της παρ. 3, δεν απορρίπτει προσφορά με την αιτιολογία ότι τα προσφερόμενα έργα, αγαθά ή οι υπηρεσίες δεν πληρούν τις τεχνικές προδιαγραφές στις οποίες έχει παραπέμψει, εφόσον ο προσφέρων αποδεικνύει στην προσφορά του, με κάθε ενδεδειγμένο μέσο, συμπεριλαμβανομένων των αποδεικτικών μέσων που αναφέρονται στο άρθρο 56, ότι οι λύσεις που προτείνει πληρούν κατά ισοδύναμο τρόπο τις απαιτήσεις που καθορίζονται από τις τεχνικές προδιαγραφές. 6. Όταν η αναθέτουσα αρχή χρησιμοποιεί τη δυνατότητα που αναφέρεται στην περίπτωση α' της παρ. 3 για τη διατύπωση των τεχνικών προδιαγραφών με αναφορά στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις, δεν απορρίπτει προσφορά έργων, αγαθών ή υπηρεσιών που πληρούν ένα εθνικό πρότυπο το οποίο αποτελεί μεταφορά ευρωπαϊκού προτύπου, μία ευρωπαϊκή τεχνική έγκριση, μία κοινή τεχνική προδιαγραφή, ένα διεθνές πρότυπο ή ένα τεχνικό πλαίσιο αναφοράς που έχει εκπονηθεί από έναν ευρωπαϊκό οργανισμό τυποποίησης, εφόσον οι εν λόγω προδιαγραφές καλύπτουν τις επιδόσεις ή τις λειτουργικές απαιτήσεις που ορίζει. Ο προσφέρων αποδεικνύει στην προσφορά του, με κάθε ενδεδειγμένο

Αριθμός απόφασης: 736/2019

μέσο, συμπεριλαμβανομένων και εκείνων που αναφέρονται στο άρθρο 56, ότι το έργο, η αγαθό ή η υπηρεσία που πληροί το πρότυπο ανταποκρίνεται στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις τις οποίες έχει ορίσει η αναθέτουσα αρχή».

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. γ) Για την οποία ο προσφέρων δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με το άρθρο 102.[...]

23. Επειδή το άρθρο 94 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 100 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «... 2. Τα επιμέρους στάδια στην ανοικτή διαδικασία ή στο δεύτερο στάδιο της κλειστής διαδικασίας, όταν οι εν λόγω διαδικασίες δεν διενεργούνται με ηλεκτρονικό τρόπο, έχουν ως εξής: α) Αποσφραγίζεται ο κυρίως φάκελος προσφοράς, ο φάκελος των δικαιολογητικών συμμετοχής στην ανοικτή διαδικασία, καθώς και ο φάκελος της τεχνικής προσφοράς, εφόσον προβλέπεται η υποβολή της στα έγγραφα της σύμβασης, μονογράφονται δε και σφραγίζονται από το αρμόδιο όργανο όλα τα δικαιολογητικά που υποβάλλονται κατά το στάδιο αυτό και η τεχνική προσφορά, ανά φύλλο. Το αρμόδιο όργανο καταχωρεί όσους υπέβαλαν προσφορές, καθώς και τα υποβληθέντα αυτών δικαιολογητικά και τα αποτελέσματα του ελέγχου αυτών

Αριθμός απόφασης: 736/2019

σε πρακτικό, το οποίο υπογράφεται από τα μέλη του οργάνου. Οι φάκελοι των οικονομικών προσφορών δεν αποσφραγίζονται, αλλά μονογράφονται και σφραγίζονται από το παραπάνω όργανο και τοποθετούνται σε ένα νέο φάκελο ο οποίος επίσης σφραγίζεται και υπογράφεται από το ίδιο όργανο και φυλάσσεται, προκειμένου να αποσφραγισθεί την ημερομηνία και ώρα που ορίζεται από τα έγγραφα της σύμβασης ή την πρόσκληση.

β) Στη συνέχεια το αρμόδιο όργανο προβαίνει στην αξιολόγηση της τεχνικής προσφοράς, σύμφωνα με τους όρους των εγγράφων της σύμβασης και συντάσσει πρακτικό για την απόρριψη των τεχνικών προσφορών που δεν γίνονται αποδεκτές και την αποδοχή ή/και βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών με βάση το κριτήριο ανάθεσης των εγγράφων της σύμβασης.

γ) Οι κατά τα ανωτέρω σφραγισμένοι φάκελοι με τα οικονομικά στοιχεία των προσφορών, μετά την ολοκλήρωση της αξιολόγησης των λοιπών στοιχείων των προσφορών, αποσφραγίζονται κατά την ημερομηνία και ώρα που ορίζεται από τα έγγραφα της σύμβασης ή την ειδική πρόσκληση και ακολουθεί σχετική ανακοίνωση τιμών. Για όσες προσφορές δεν κρίθηκαν αποδεκτές κατά τα προηγούμενα ως άνω στάδια α' και β' οι φάκελοι της οικονομικής προσφοράς δεν αποσφραγίζονται, αλλά επιστρέφονται. [...] 4. Τα αποτελέσματα κάθε

σταδίου επικυρώνονται με απόφαση του αποφαινόμενου οργάνου της αναθέτουσας αρχής, η οποία κοινοποιείται με επιμέλεια αυτής στους προσφέροντες ή στους συμμετέχοντες. Ειδικά, για τις συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία έως εξήντα χιλιάδες (60.000) ευρώ, πλέον ΦΠΑ, που δεν διενεργούνται με ηλεκτρονικά μέσα, εκδίδεται μία απόφαση, κατά τα ανωτέρω, ανεξαρτήτως του κριτηρίου ανάθεσης. Για τις συμβάσεις που διενεργούνται με ηλεκτρονικό τρόπο με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει τιμής ανεξαρτήτως ποσού και ανεξαρτήτως διαδικασίας, αποσφραγίζονται οι φάκελοι δικαιολογητικών, τεχνικής και οικονομικής προσφοράς όλων των διαγωνιζόμενων για όλα τα στάδια και εκδίδεται μια απόφαση, με την οποία επικυρώνονται τα αποτελέσματα:

α) όλων των σταδίων της παραγράφου 2 στην περίπτωση ανοικτής διαδικασίας και β) του δεύτερου σταδίου, ήτοι της υποβολής προσφορών, στην περίπτωση κλειστής διαδικασίας και ανταγωνιστικής διαδικασίας με διαπραγμάτευση. Κατά των ανωτέρω αποφάσεων χωρεί ένσταση, σύμφωνα με το άρθρο 127 για συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία έως και εξήντα χιλιάδες

Αριθμός απόφασης: 736/2019

(60.000) ευρώ, προ ΦΠΑ, ή η, σύμφωνα με το άρθρο 360, προδικαστική προσφυγή για συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, προ ΦΠΑ. 5. Σε όλες τις διαδικασίες κατά την αποσφράγιση, αντί της μονογραφής που θέτει το αρμόδιο όργανο επί των αιτήσεων συμμετοχής και των προσφορών, μπορεί να γίνεται χρήση μηχανικού μέσου (διάτρηση), με το οποίο θα αποτυπώνεται η ημερομηνία και η ώρα αποσφράγισης. 6. Τα παραπάνω οριζόμενα στις παραγράφου 1 έως 3 προσαρμόζονται για τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων προμηθειών και παροχής γενικών υπηρεσιών που διενεργούνται με ηλεκτρονικό τρόπο, σύμφωνα με τα άρθρα 22 και 36, με την απόφαση της παρ. 5 του άρθρου 36.»

25. Επειδή το άρθρο 102 του ν. 4412/2016 ορίζει τα εξής : «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

Αριθμός απόφασης: 736/2019

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 παραγράφους 1 έως 4, είναι υποχρεωτική για την αναθέτουσα αρχή, αν επίκειται αποκλεισμός του από τη διαδικασία, λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς.».

26. Επειδή στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».

27. Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 «Δικαίωμα άσκησης προσφυγής» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του

Αριθμός απόφασης: 736/2019

νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

28. Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 υποπαρ. Β του άρθρου 365 του Ν. 4412/2016 (όπως επαναλαμβάνεται και στην παρ. 2 του άρθρου 9 του ΠΔ 39/2017): «[...] Η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την προδικαστική προσφυγή πράξης».

29. Επειδή σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας:« [...] 5.3 Δικαιολογητικά συμμετοχής

α/α	ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΩΝ
...	...
5.	Απαραίτητη είναι η κατάθεση φύλλου συμμόρφωσης, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο πεδίο «τεχνικές προδιαγραφές» στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ, συμπληρώνοντας το πρότυπο αρχείο (της πλατφόρμας)

6. ΚΑΤΑΡΤΙΣΗ ΚΑΙ ΥΠΟΒΟΛΗ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ

6.1 Διευκρίνιση:

Σε ό,τι αφορά το σύνολο των απαιτούμενων για προσκόμιση εγγράφων και αναφορικά με την επικύρωση των αντιγράφων αυτών ισχύουν τα διαλαμβανόμενα στο άρθρο 1 του Ν. 4250/2014. Μετά την κατάθεση της προσφοράς, επί νομίμως υποβληθέντων δικαιολογητικών, οι διαγωνιζόμενοι παρέχουν διευκρινίσεις μόνο όταν αυτές ζητούνται από αρμόδιο όργανο είτε κατά την ενώπιόν του διαδικασία, είτε κατόπιν εγγράφου της Υπηρεσίας, μετά την σχετική γνωμοδότηση του οργάνου. Από τις διευκρινίσεις, οι οποίες παρέχονται, σύμφωνα με τα παραπάνω, λαμβάνονται υπόψη μόνο εκείνες που αναφέρονται στα σημεία για τα οποία υποβλήθηκε σχετικό αίτημα από το αρμόδιο όργανο. [...]

6.3 Περιεχόμενο Προσφορών

Τα περιεχόμενα του ηλεκτρονικού φακέλου της προσφοράς ορίζονται ως εξής:

Αριθμός απόφασης: 736/2019

(α) ένας (υπο)φάκελος* με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική προσφορά» και

(β) ένας (υπο)φάκελος* με την ένδειξη «Οικονομική Προσφορά».

*(υπο)φάκελος: κατηγορία επισυναπτόμενων αρχείων στο σύστημα.

Κατά την υποβολή της προσφοράς από τον Οικονομικό φορέα σημαίνονται από αυτόν με χρήση του σχετικού πεδίου του συστήματος τα στοιχεία εκείνα της προσφοράς του που έχουν εμπιστευτικό χαρακτήρα.

6.3.1 Περιεχόμενα (υπο)φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά»

Στον (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική προσφορά» υποβάλλονται η ΕΓΓΥΗΣΗ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ και όλα τα απαιτούμενα κατά το στάδιο υποβολής της προσφοράς Δικαιολογητικά ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ καθώς και τα ΤΕΧΝΙΚΑ ΣΤΟΙΧΕΙΑ της προσφοράς. Συγκεκριμένα, στον προαναφερόμενο (υπο)φάκελο περιλαμβάνονται:

Η Τεχνική Προσφορά συντάσσεται συμπληρώνοντας την αντίστοιχη ειδική ηλεκτρονική φόρμα του συστήματος. Στην συνέχεια, το σύστημα παράγει σχετικό ηλεκτρονικό αρχείο, σε μορφή pdf, το οποίο υπογράφεται ψηφιακά και υποβάλλεται από τον προσφέροντα. Τα στοιχεία που περιλαμβάνονται στην ειδική ηλεκτρονική φόρμα του συστήματος και του παραγόμενου ψηφιακά υπογεγραμμένου ηλεκτρονικού αρχείου πρέπει να ταυτίζονται. Σε αντίθετη περίπτωση, το σύστημα παράγει σχετικό μήνυμα και ο προσφέρων καλείται να παράγει εκ νέου το ηλεκτρονικό αρχείο pdf.

Εφόσον οι τεχνικές προδιαγραφές δεν έχουν αποτυπωθεί στο σύνολό τους στις ειδικές ηλεκτρονικές φόρμες του συστήματος, ο προσφέρων επισυνάπτει ψηφιακά υπογεγραμμένα τα σχετικά ηλεκτρονικά αρχεία.

Στον (υπό) φάκελο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά», υποβάλλονται ηλεκτρονικά τα κάτωθι τα οποία θα φέρουν και ψηφιακή υπογραφή:

Ο φάκελος της τεχνικής προσφοράς διαιρείται στις εξής ενότητες τα περιεχόμενα των οποίων περιγράφονται στη συνέχεια.

Επίσης στον φάκελο της Τεχνικής προσφοράς θα συμπεριλαμβάνονται συμπληρωμένοι οι πίνακες της οικονομικής προσφοράς χωρίς τιμές [...]

11. Διαδικασία Ηλεκτρονικής Αξιολόγησης Προσφορών

Αριθμός απόφασης: 736/2019

Μετά την ηλεκτρονική αποσφράγιση των προσφορών η Αναθέτουσα Αρχή προβαίνει στην αξιολόγηση αυτών μέσω των αρμόδιων πιστοποιημένων στο Σύστημα οργάνων της, εφαρμοζόμενων κατά τα λοιπά των κειμένων διατάξεων για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων και των διαδικασιών της κατά περίπτωση Αναθέτουσας Αρχής.

Συγκεκριμένα μέσα από το Σύστημα ιδίως:

- Η αρμόδια επιτροπή αξιολόγησης του διαγωνισμού, που έχει ορισθεί από την αναθέτουσα αρχή και τα μέλη της, πιστοποιημένοι χρήστες του συστήματος, προβαίνει στη διαδικασία ελέγχου και αξιολόγησης των κατά περίπτωση φακέλων και υποφακέλων των προσφορών.
- Η αρμόδια επιτροπή αξιολόγησης του διαγωνισμού συντάσσει και υπογράφει τα κατά περίπτωση πρακτικά αξιολόγησης των φακέλων και υποφακέλων των προσφορών.
- Η αναθέτουσα αρχή εκδίδει τις σχετικές αποφάσεις επί της αξιολόγησης των ηλεκτρονικών προσφορών
- Οι συμμετέχοντες στο διαγωνισμό ενημερώνονται για την αποδοχή ή την απόρριψη της προσφοράς τους.
- Η επιτροπή αξιολόγησης διαγωνισμού ή άλλοι πιστοποιημένοι χρήστες από την αναθέτουσα αρχή του διαγωνισμού απευθύνουν αιτήματα στους συμμετέχοντες χρήστες -οικονομικούς φορείς για παροχή διευκρινίσεων επί υποβληθέντων δικαιολογητικών και οι χρήστες - οικονομικοί φορείς παρέχουν τις διευκρινίσεις εντός των κατά περίπτωση προθεσμιών που τους ορίζονται. Επίσης κατά την κρίση της ζητά τα απαραίτητα δείγματα των προς προμήθεια αγαθών.

12. Διαδικασία ανάδειξης Προμηθευτή - Δικαιολογητικά κατακύρωσης.

Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, κατά το άρθρο 100 του Ν 4412/2016 και τα αναφερόμενα στις διατάξεις της παρούσας προκήρυξης, ο προσφέρων στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση, εντός προθεσμίας είκοσι (20) ημερών από τη σχετική ειδοποίηση που του αποστέλλεται ηλεκτρονικά, υποβάλλει ηλεκτρονικά μέσω του συστήματος, σε μορφή αρχείου .pdf και σε φάκελο με σήμανση «Δικαιολογητικά Κατακύρωσης τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατά περίπτωση.[...]

ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Γ – ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ

Αριθμός απόφασης: 736/2019

Οι προβολείς να είναι τελευταίας τεχνολογίας και να χρησιμοποιούν εξ' ολοκλήρου λευκά LED, ομοιόμορφα κατανεμημένα για τη παραγωγή του φωτός. Με τη τεχνολογία λευκών LED, οι προβολείς αυξάνουν αισθητά τη σκιαλυτική τους ικανότητα σε σχέση με τις συμβατικές λυχνίες αλογόνου ενώ αυξάνεται η ποιότητα του φωτός, η ένταση, η διακριτική ικανότητα ανάμεσα στους ιστούς καθώς και η διάρκεια ζωής τους. Παράλληλα μειώνεται η κατανάλωση ισχύος και η θερμότητα που παράγουν οι προβολείς. Οι προβολείς να πληρούν τα διεθνή πρότυπα (standards) ασφαλείας (CE Mark, TUV, ISO κλπ) τα οποία αναφέρονται και τεκμηριώνονται από τα αντίστοιχα πιστοποιητικά. Επιπλέον ο προμηθευτής να διαθέτει απαραίτητως, έγκυρο πιστοποιητικό διασφάλισης ποιότητας της σειράς ISO 13485 (Εμπορία ειδών και Service) και ISO 9001:2015, τα οποία και να κατατεθούν.

Κατά την εγκατάστασή τους θα πρέπει να τεθούν σε πλήρη λειτουργία, να εκπαιδευθεί το προσωπικό, να αναληφθεί από την ανάδοχο εταιρεία χωρίς επιπλέον επιβάρυνση του Νοσοκομείου η συντήρηση, η αποκατάσταση οποιασδήποτε βλάβης και η αντικατάσταση εξαρτημάτων - ανταλλακτικών με την προϋπόθεση δεν οφείλεται σε κακή χρήση. Επιπλέον να υπάρχει πλήρης τεχνική υποστήριξη και διαθεσιμότητα ανταλλακτικών για δέκα (10) έτη.

Οι Χειρουργικοί Προβολείς να διαθέτουν ενσωματωμένο ηλεκτρονικό σύστημα ελέγχου και εξισορρόπησης της φωτεινότητας. Με το σύστημα αυτό να επιτυγχάνεται η ομοιογένεια και η σταθερότητα της φωτεινότητας καθ' όλη τη διάρκεια της λειτουργίας τους.

Τεχνικά Χαρακτηριστικά :

Το σύστημα προβολέων να αποτελείται από δύο προβολείς με τα εξής τεχνικά χαρακτηριστικά ανά προβολέα :

- φωτεινότητα : 160.000 Lux +/- 10%
- Διάμετρος πεδίου : 20 - 25 εκατοστά +/- 10%.
- Βάθος εστιασμένου φωτός : 105 εκατοστά +/- 10%.
- Θερμοκρασία χρώματος : 4.300 Kelvin (φυσικό λευκό)
Δείκτης χρωματικής απόδοσης (CRI) : 95
- Ακτινοβολία : <500 (W/m²).
- Αριθμός LED : πολλαπλά ομοιόμορφα κατανεμημένα

Αριθμός απόφασης: 736/2019

- Δυνατότητα ενεργοποίησης φωτισμού ενδοσκοπήσης, ελέγχου της έντασης και του πεδίου φωτισμού από χειριστήρια ενσωματωμένα επί της κεφαλής.
- Χρόνος ζωής λαμπτήρων LED : >60.000 ώρες
- Να διαθέτει διπλό σύστημα δύο βραχιόνων ανάρτησης των κεφαλών των προβολέων, αποτελούμενο το κάθε ένα από έναν οριζόντιο επεκτεινόμενο βραχίονα και από έναν βραχίονα *spring arm*, με συνολικό μήκος συστήματος βραχιόνων έως 2,0 μέτρα.
- Να διαθέτει δυνατότητα περιστροφής των προβολέων 360°
- Να διαθέτει δυνατότητα κλίσης των προβολέων ως προς το οριζόντιο επίπεδο.
- Να διαθέτει το αντίστοιχο σύστημα ανάρτησης επί της οροφής το οποίο αποτελείται από τα εξής μέρη:
 - Ανάρτηση οροφής, τεμάχιο ένα (1)
 - φλάντζα οροφής, τεμάχιο ένα (1)
 - Σωλήνας, τεμάχιο ένα (1) [...]»

30. 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).

31. 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 επιτυχανόταν 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).

Αριθμός απόφασης: 736/2019

32. Επειδή, περαιτέρω επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

33.Επειδή έχει κριθεί ότι οι περιπτώσεις των προσφορών που παρουσιάζουν αποκλίσεις από τους όρους της διακήρυξης δεν θα απορρίπτονται υπό την προϋπόθεση ότι οι αποκλίσεις αυτές δεν αναφέρονται στους απαράβατους όρους και κρίνονται επουσιώδεις από την αρμόδια επιτροπή. Το επουσιώδες, ωστόσο, της απόκλισης διαπιστώνεται και αιτιολογείται ειδικά από την αναθέτουσα αρχή (ΣΤΕ 4136/2009, 2004/2010).

34. Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος τους αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, Επιτροπή κατά Δανίας, C-243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, Μηχανική, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, MT Højgaard και Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, Universale-Bau, C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo,

Αριθμός απόφασης: 736/2019

C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manona, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

35.Επειδή η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας δεν επιτρέπουν τον αποκλεισμό οικονομικού φορέα από διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, λόγω μη τηρήσεως από τον φορέα αυτόν υποχρεώσεως η οποία δεν προκύπτει ρητώς από τα σχετικά με τη διαδικασία αυτή έγγραφα ή από την ισχύουσα εθνική νομοθεσία, (βλ. απόφαση της 2ας Ιουνίου 2016, Pippo Pizzo C-27/15 ECLI:EU:C:2016:404, σκέψη 51).Ομοίως η διακήρυξη του διαγωνισμού δεν αρκεί να παραπέμπει γενικώς στη σχετική νομοθεσία, αλλά πρέπει να περιέχει ειδική ρήτρα περί υποβολής των σχετικών δικαιολογητικών (ΣτΕ ΕΑ 79/2011). Εξάλλου δεν είναι νόμιμος ο αποκλεισμός διαγωνιζομένου για το λόγο ότι δεν προσκόμισε, δικαιολογητικά συμμετοχής πρόσθετα από τα ρητώς αξιούμενα (πρβλ. Δεφ Αθ 18/2015, ΕΑ ΣτΕ 18/2011, 1083, 1084/2010).

36.Επειδή έτι περαιτέρω, έχει κριθεί (ΕλΣυν 524/2012 Τμ. VI) ότι η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί νομίμως να απορρίψει προσφορά που, σε κάθε περίπτωση, ανταποκρίνεται στις απαιτήσεις της διακήρυξης, στηριζόμενη σε λόγους, οι οποίοι δεν προβλέπονται στην εν λόγω διακήρυξη και προβάλλονται μετά την υποβολή της προσφοράς αυτής (ΣτΕ ΕΑ 179/2009, 61/2011, υπόθ. C-6/05 ΔΕΚ, απόφ. της 14.6.2007).

37.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.

38.Επειδή, για την ερμηνεία όρων της διακήρυξης ή/και για την αξιολόγηση τεχνικών προσφορών εφαρμόζονται κατά περίπτωση οι καθιερωμένοι κανόνες της τέχνης και της επιστήμης και κατά περίπτωση τα διδάγματα της κοινής πείρας.

Αριθμός απόφασης: 736/2019

39. Επειδή η προσέγγιση της προβληματικής της δυνατότητας διόρθωσης, συμπλήρωσης, διευκρίνισης, κλπ. των προσφορών διέπεται από μια περιπτωσιολογική νομολογία του ΔΕΕ, η οποία χαρακτηρίζεται από την προσπάθεια του τελευταίου να ισορροπήσει ανάμεσα στην τήρηση των θεμελιωδών αρχών της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας, από τη μια μεριά, και της σκοπιμότητας να δοθεί στις αναθέτουσες αρχές η δυνατότητα να πετύχουν, τη βέλτιστη λύση για την ικανοποίηση των δημοσίων αναγκών σε αγαθά και υπηρεσίες, από την άλλη (Δημήτριος Γ. Ράικος, Ευαγγελία Γ. Βλάχου, Ευανθία Κ. Σαββίδη, *Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016 Ερμηνεία κατ' άρθρο. Σχετικές διατάξεις – Νομολογία*, σελ. 953, Ε. Βλάχου). Εν προκειμένω, από τη νομολογία του ΔΕΕ προκύπτει η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί, κατ' αρχήν, να τροποποιήσει, κατά τη διάρκεια της διαδικασίας αναθέσεως, το περιεχόμενο των βασικών όρων του διαγωνισμού, μεταξύ των οποίων συγκαταλέγονται οι τεχνικές προδιαγραφές καθώς και τα κριτήρια αναθέσεως, και στους οποίους έχουν καλόπιστα στηριχθεί οι ενδιαφερόμενοι επιχειρηματίες για να αποφασίσουν εάν θα υποβάλουν προσφορά ή εάν, αντιθέτως, δεν θα λάβουν μέρος στη διαδικασία συνάψεως της σχετικής συμβάσεως (βλ., υπό την έννοια αυτή, αποφάσεις της 10ης Μαΐου 2012, *Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών*, C-368/10, EU:C:2012:284, σκέψη 55, και της 16ης Απριλίου 2015, *Enterprise Focused Solutions*, C-278/14, EU:C:2015:228, σκέψεις 27 έως 29). Πάντως, από τα ανωτέρω δεν συνάγεται ότι οποιαδήποτε τροποποίηση της συγγραφής υποχρεώσεων μετά τη δημοσίευση της προκήρυξης του διαγωνισμού θα ήταν, καταρχήν και σε κάθε περίπτωση, μη επιτρεπόμενη. Ως εκ τούτου, η αναθέτουσα αρχή έχει, κατ' εξαίρεση, τη δυνατότητα διορθώσεως ή συμπληρώσεως των δεδομένων της συγγραφής υποχρεώσεων των οποίων απαιτείται η απλή διευκρίνισή τους ή προς τον σκοπό της διορθώσεως πρόδηλων εκ παραδρομής λαθών, υπό την επιφύλαξη ότι ενημερώνει σχετικά το σύνολο των προσφερόντων (βλ., κατ' αναλογία, απόφαση της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40).

40. Επειδή, επομένως, κατά γενική αρχή του δικαίου που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς, δεν επιτρέπεται η μετά τη διενέργεια (ή κατά τη διάρκεια) διαγωνισμού τροποποίηση των όρων της διακηρύξεως που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο που τον διέπει και η βάσει των νέων όρων

Αριθμός απόφασης: 736/2019

αξιολόγηση ή αποκλεισμός των προσφορών που ήδη υποβλήθηκαν (πρβλ σχετ. Ε.Α. 179/2009 σκ.5). Αποκλεισμός τεχνικής προσφοράς προβλέπεται μόνο στην περίπτωση απόκλισης από τους απαράβατους όρους της διακήρυξης, ως τέτοιοι δε θεωρούνται στο σύνολό τους οι τεχνικές προδιαγραφές (ΣτΕ 1968/2013, ΣτΕ 82/2014, Ε.Α. ΣτΕ 1740/2004, 93,316,563/2006) εκτός εάν ορισμένες είναι σύμφωνα με τη διακήρυξη προαιρετικές (ΣτΕ ΕΑ 192/2012, 291/2011, ΕΣ Τμ. Μείζ.-Επταμ. 2446/2012, Γνωμ. ΝΣΚ 521/2011). Περαιτέρω, ουσιώδης θεωρείται όχι μόνον η απόκλιση υποβληθείσας προσφοράς από όρους της προκηρύξεως που χαρακτηρίζονται ρητώς από αυτήν ως απαράβατοι, αλλά και η έλλειψη ιδιότητας του προσφερομένου, προς προμήθεια, είδους, η οποία του στερεί την καταλληλότητα που απαιτείται για χρήση σύμφωνη με τον προορισμό του, καταλληλότητα, και αποτελεί εξυπακουόμενη, ουσιώδη απαίτηση της εκάστοτε προκηρύξεως (πρβλ. ΣτΕ 395/2004, 557/2005, 720,725/2006, 1052/2008).

41. Επειδή, με βάση τους όρους της διακήρυξης, όπου η πλήρωση των όρων της διακήρυξης επισημαίνεται ως απαίτηση, καθίσταται σαφές ότι οι τεχνικές προδιαγραφές συνιστούν απαράβατους όρους της διακήρυξης (βλ. για τη δεσμευτικότητα των τεχνικών προδιαγραφών απόφαση ΔΕΕ της 5ης Δεκεμβρίου 2013, C-561/12 *Nordecon AS, Ramboll Eesti AS κατά Rahandusministeerium*).

42. Επειδή, ο διαχωρισμός μεταξύ ουσιώδους και επουσιώδους έλλειψης ως και μεταξύ τυπικού και ουσιώδους σφάλματος θα πρέπει να ερμηνεύεται μέσω του πρίσματος του άρ. 102 παρ. 3 και του άρ. 18 Ν. 4412/2016 και των αρχών που αυτά καθιερώνουν, το πρώτο στην ειδική περίπτωση της συμπλήρωσης και το δεύτερο γενικά επί των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και αμφότερα με τη σειρά τους πρέπει να ερμηνεύονται στο πλαίσιο του αποτελεσματικού ανταγωνισμού. Το κριτήριο δε του παραπάνω διαχωρισμού, συνίσταται στο ότι η επιτρεπτή συμπλήρωση δεν πρέπει να είναι τέτοιας έκτασης ώστε να επιτρέπει τις εναλλακτικές προσφορές, να προσδίδει πλεονέκτημα στον υπέρ ου οικονομικό φορέα έναντι των ανταγωνιστών του εισάγοντας ευμενή υπέρ αυτού διάκριση, να μην επιτρέπει τη μεταβολή προσφορών, να μην του παρέχει εμμέσως ευκαιρία πλήρωσης αποδεικτικής ή ουσιαστικής προϋπόθεσης η κατοχή της οποίας κατά τον χρόνο υποβολής προσφοράς δεν είναι αντικειμενικώς τεκμαιρόμενη

Αριθμός απόφασης: 736/2019

ως βεβαία ή να του παρέχει δυνατότητα για την το πρώτον επίκληση προσόντων, δυνατοτήτων, ικανοτήτων και νομικών και πραγματικών δεδομένων, τα οποία ανεξαρτήτως αν υφίσταντο ή όχι κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του, αυτός δεν τα επικαλέστηκε καίτοι η διακήρυξη τα απαιτούσε ή για την το πρώτον τήρηση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας που αυτός δεν τήρησε. Αντίστροφα, είναι παραδεκτή η συμπλήρωση και η διόρθωση, όταν από το ίδιο το περιεχόμενο και αντικείμενο του σφάλματος προκύπτει ότι αυτό είναι ιδιαίτερα έλασσον σε σχέση με το αποδεικτικό αντικείμενο της διακήρυξης, σύνηθες και ιδιαίτερα ευχερές να λάβει χώρα κατά τη σύνταξη της προσφοράς και κατά τα διδάγματα της κοινής λογικής και πείρας, ενώ το σφάλμα πρέπει να είναι τέτοιου είδους, ώστε η αναγωγή του σε απλή, εύλογη και συνήθη, άρα και συγγνωστή, παραδρομή θα πρέπει να είναι αντικειμενικά προφανής στην κρίση κάθε ευλόγως σκεπτόμενου τρίτου και δη των οργάνων αξιολόγησης, τα οποία ακριβώς για αυτόν τον λόγο έχουν την ευχέρεια κατά την ακριβώς παραπάνω κρίση τους και συνεπεία αυτής να καλέσουν κατ' άρ. 102 παρ. 1 τον οικονομικό φορέα για διευκρινίσεις. Περαιτέρω, κρίσιμο κριτήριο για την κρίση περί του συγγνωστού, άρα και συμπληρώσιμου/διορθώσιμου ενός σφάλματος/έλλειψης, αποτελεί η τυχόν ασάφεια και ελλειπτικότητα των οικείων όρων της διακήρυξης (βλ και απόφαση με αρ. 253/2017 ΑΕΠΠ).

43. Επειδή οι όροι των τεχνικών προδιαγραφών είναι अपαράβατοι και η απόκλιση των προσφορών από αυτές συνεπάγεται τον αποκλεισμό τους, εκτός εάν ορισμένες προδιαγραφές είναι σύμφωνα με τη διακήρυξη προαιρετικές (ΣτΕ ΕΑ 192/2012, 291/2011, ΕΣ Τμ. Μείζ.-Επταμ. 2446/2012, Γνωμ. ΝΣΚ 521/2011).

44. Επειδή, εξάλλου, σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «*με ποινή αποκλεισμού...*», «*με ποινή απαρδέκτου...*», «*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. Γνωμδ ΝΣΚ 70/2002).

45. Επειδή, με βάση τους όρους της διακήρυξης, όπου η πλήρωση των όρων της διακήρυξης επισημαίνεται ως απαίτηση, καθίσταται σαφές ότι οι τεχνικές προδιαγραφές συνιστούν απαράβατους όρους της διακήρυξης (βλ.

Αριθμός απόφασης: 736/2019

για τη δεσμευτικότητα των τεχνικών προδιαγραφών απόφαση ΔΕΕ της 5ης Δεκεμβρίου 2013, C-561/12 *Nordecon AS, Ramboll Eesti AS κατά Rahandusministeerium*).

46. 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).

47. Επειδή, τυχόν ασάφειες ή πλημμέλειες των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζομένων, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών και θα πρέπει να παρέχεται και σε αυτούς, οι οποίοι βλάπτονται από την ασάφεια ή την πλημμέλεια αυτή, η δυνατότητα να συμπληρώσουν την τυχόν ελαττωματική, προσφορά τους (Ε.Α. ΣΤΕ 423/2011, 424/2011, 425/2011). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (Εφαθ 1959/1970 *Αρμ.* 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987 *ΕΔημΕργ* 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, *Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο*, εκδ. θ', σελ. 776). Επομένως, η παραβίαση αμφίσημων όρων της διακήρυξης δεν οδηγεί αναγκαστικά στον αποκλεισμό διαγωνιζομένου, αν δεν ευθύνεται ο ίδιος για την παρερμηνεία των υποχρεώσεών του.

48. Επειδή, συνιστά λόγο ακύρωσης κάθε παράβαση των κανόνων της διοικητικής διαδικασίας, δηλαδή, κάθε παράλειψη επιβαλλόμενης ενέργειας, αλλά μόνον η παράλειψη των ενεργειών που χαρακτηρίζονται ως «ουσιώδεις». Ως κριτήρια για τον σχηματισμό της κρίσης περί του «ουσιώδους» ή μη λαμβάνονται υπόψη: α) η σημασία που έχει η διαδικαστική ενέργεια: i) για την προστασία του διοικουμένου, διότι του παρέχει τη δυνατότητα διαφώτισης της Διοίκησης για την υπόθεσή που τον ενδιαφέρει ή

Αριθμός απόφασης: 736/2019

δυνατότητα άσκησης του δικαιώματος της προηγούμενης ακρόασης, καθώς και εγγυήσεις για την αμερόληπτη κρίση της υποθέσεώς του, ii) για την καλή λειτουργία της Διοίκησης, με σκοπό την εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος, iii) για τον δικαστικό έλεγχο της πράξης και β) η επιρροή της παράλειψης του τύπου στη ρύθμιση που θεσπίζεται με την πράξη. (Ε. Σπηλιωτόπουλος, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Τόμος 2, εκδ. 2010, Νομική Βιβλιοθήκη, σελ. 124 έως 126).

49.Επειδή έχει κριθεί από τη νομολογία ότι 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 παρεμπόμποντα 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).

50.Επειδή λόγοι που αφορούν τους όρους της διακήρυξης 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).

51. Επειδή ο προσφεύγων με τον πρώτο λόγο της προσφυγής του ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή κατά παράβαση του άρθρου 100 παρ. 4 του ν. 4412/2016 επικύρωσε τα αποτελέσματα του σταδίου αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών με ξεχωριστή απόφαση ενώ θα έπρεπε να προχωρήσει στην αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών και να εκδώσει μια ενιαία απόφαση με την οποία θα εγκρίνονται τα Πρακτικά όλων των σταδίων του διαγωνισμού.

52. Επειδή η βλάβη, ως βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, πρέπει να προσδιορίζεται ειδικώς (ΣΤΕ 1995/2016). Οφείλει,

Αριθμός απόφασης: 736/2019

δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται τις δυσμενείς μεταβολές που επέρχονται σε βάρος του από την πράξη προς θεμελίωση του έννομου συμφέροντος για άσκηση προσφυγής (βλ. ΣΤΕ 3905/2004). Περαιτέρω, το έννομο συμφέρον αφορά κάθε νομική ή πραγματική κατάσταση που αναγνωρίζεται από το δίκαιο και από την οποία ο αιτών βάσει ενός ιδιαίτερου δεσμού αντλεί ωφέλεια, η οποία θίγεται από την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη (Γλυκερία Π. Σιούτη, *Το έννομο συμφέρον στην αίτηση ακύρωσης*, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1998, σελ. 23).

53. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω, ο πρώτος λόγος προβάλλεται άνευ εννόμου συμφέροντος και, άρα, απαραδέκτως καθώς η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την προσβαλλόμενη απόφαση, η οποία συνιστά εκτελεστή διοικητική πράξη, προς όλους τους διαγωνιζόμενους μέσω της «επικοινωνίας» του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού, ο δε προσφεύγων δύναται κατά αυτής σύμφωνα με το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού να ασκήσει προδικαστική προσφυγή προς διασφάλιση των συμφερόντων του, όπως και έπραξε. Επομένως, εκ της επιλογής αυτής της αναθέτουσας αρχής να εκδώσει εγκριτική απόφαση μετά το στάδιο αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών ουδόλως προκλήθηκε σύγχυση και ανασφάλεια στον προσφεύγοντα ως προς την προάσπιση των νομίμων δικαιωμάτων του, όπως αβασίμως ισχυρίζεται προς θεμελίωση δήθεν βλάβης για την προσβολή της απόφασης.

54. Επειδή, θα πρέπει να σημειωθεί ότι στον όρο 11 της διακήρυξης αναφέρεται ότι η αναθέτουσα αρχή εκδίδει τις σχετικές αποφάσεις επί της αξιολόγησης των ηλεκτρονικών προσφορών. Εκ της γραμματικής αυτής διατύπωσης συνάγεται με σαφήνεια ότι, στον υπό κρίση διαγωνισμό η διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών δεν θα ολοκληρωθεί με την έκδοση μιας ενιαίας απόφασης από την αναθέτουσα αρχή αλλά θα εκδίδονται σχετικές εγκριτικές αποφάσεις ανά στάδια αξιολόγησης. Ο δε όρος αυτός δεν προσβλήθηκε από τον προσφεύγοντα με προδικαστική προσφυγή κατά της διακήρυξης. Συνεπώς, κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψεις 46-47, ανεπικαίρως και άρα απαραδέκτως ο προσφεύγων βάλλει το πρώτον με την προσφυγή του κατά της εφαρμογής από την αναθέτουσα αρχή του συγκεκριμένου όρου της διακήρυξης περί της διεξαγωγής της διαγωνιστικής διαδικασίας.

Αριθμός απόφασης: 736/2019

55. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι κατά παράβαση των τεχνικών προδιαγραφών της παρ. 4 του Παραρτήματος Γ της διακήρυξης αναφορικά με τη δυνατότητα περιστροφής και κλίσης των προβολέων απορρίφθηκε η τεχνική του προσφορά καθώς από την υποβληθέντα τεχνικά φυλλάδια προκύπτει ότι ο προσφερόμενος από αυτόν χειρουργικός προβολέας πληροί τα τεθέντα από τη διακήρυξη τεχνικά χαρακτηριστικά.

56. Επειδή στο Παράρτημα Γ- Τεχνικές Προδιαγραφές της διακήρυξης ορίζεται ρητώς ότι οι τεχνικές προδιαγραφές είναι απαραίτητες και άρα οι προσφορές που δεν τις πληρούν απορρίπτονται. Η δε πλήρωση των τεχνικών προδιαγραφών αποδεικνύεται σύμφωνα με τους όρους 5.3 και 6.3.1 της διακήρυξης δια της υποβολής φύλλου συμμόρφωσης και σχετικών υποστηρικτικών εγγράφων.

57. Επειδή, ειδικότερα, στην παρ. 4 του Παραρτήματος Γ ορίζεται ότι το προσφερόμενο σύστημα προβολέων πρέπει να διαθέτει μεταξύ άλλων, ως τεχνικά χαρακτηριστικά αφενός μεν δυνατότητα περιστροφής των προβολέων 360° και αφετέρου δυνατότητα κλίσης των προβολέων σε οριζόντιο επίπεδο. Συνεπώς, η ως άνω τεχνική προδιαγραφή της διακήρυξης δεν προσδιορίζει αν η δυνατότητα περιστροφής αφορά ειδικώς τους βραχίονες ή το κέλυφος των προβολέων, ούτε θέτει συγκεκριμένο εύρος κλίσης των προβολέων παρά μόνον αυτή να πραγματοποιείται σε οριζόντιο επίπεδο.

58. Επειδή, από την επισκόπηση της τεχνικής προσφοράς του προσφεύγοντος προκύπτει ότι στη σελ. 5 του υποβληθέντος φύλλου συμμόρφωσης αναφέρει ρητώς ότι ο προσφερόμενος προβολέας Μοντέλο ... του κατασκευαστικού οίκου ... διαθέτει δυνατότητα περιστροφής των βραχιόνων των προβολέων ατέρμονα κατά 360° . και δυνατότητα κλίσης των προβολέων ως προς το οριζόντιο επίπεδο κατά 330° . Επίσης, από το υποβληθέν σχέδιο του προσφερόμενου προβολέα προκύπτει ότι όλοι οι βραχίονες του κύριου και του δορυφόρου προβολέα διαθέτουν ατέρμονη περιστροφή "*continuous rotation*". Ως προς το εύρος κλίσης των προσφερόμενων προβολέων από το ίδιο σχέδιο συνάγεται ότι το κέλυφος του κάθε προβολέα έχει δυνατότητα κλίσης σε οριζόντιο επίπεδο και μάλιστα σε εύρος 330° . Το δε γεγονός ότι το κέλυφος του βραχίονα δύναται να περιστραφεί σε 330° ουδόλως αναιρεί τη δυνατότητα περιστροφής των

Αριθμός απόφασης: 736/2019

βραχιόνων των προβολέων κατά 360° καθώς και τη δυνατότητα κλίσης των προβολέων σε οριζόντιο επίπεδο. Επομένως, αβασίμως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή και ο παρεμβαίνων ότι θα έπρεπε και το κέλυφος του προβολέα να δύναται να περιστρέφεται κατά 360°. Εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι η αναθέτουσα αρχή εσφαλμένα απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος δοθέντος ότι τα προσφερόμενα από αυτόν είδη πληρούν τις τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης. Σε κάθε περίπτωση, αν η αναθέτουσα αρχή θεωρούσε ότι εκ των προσκομισθέντων εγγράφων προκύπτει ασάφεια ως προς την πλήρωση των επίμαχων τεχνικών προδιαγραφών, σύμφωνα με τα εκτεθέντα υπό σκέψεις 39-42, κατ' εφαρμογήν του άρθρου 102 παρ. 5 του ν. 4412//2016 όφειλε να καλέσει τον προσφεύγοντα προς παροχή διευκρινίσεων. Ως εκ τούτου, και ο δεύτερος λόγος της προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

59. Επειδή η αναθέτουσα αρχή το πρώτον με τις απόψεις της προβάλλει νέο λόγο απόρριψης της προσφοράς του προσφεύγοντος καθώς ισχυρίζεται ότι στην σελ. 4 του επίσημου τεχνικού φυλλαδίου του κατασκευαστικού οίκου του προσφερόμενου από τον προσφεύγοντα προβολέα στο πεδίο περί καταλληλότητας για χρήση γενικής χειρουργικής υπάρχει η ένδειξη (-) που υποδηλώνει ότι δεν είναι κατάλληλος για χρήση γενικής χειρουργικής, ενώ στο υποβληθέν από τον προσφεύγοντα τεχνικό φυλλάδιο η χρήση γενική χειρουργικής παρουσιάζεται στο ίδιο σημείο ως προτεινόμενη. Προς απόδειξη δε των ισχυρισμών της επισυνάπτει τεχνικό φυλλάδιο, το οποίο, ως ισχυρίζεται είναι αναρτημένο στην επίσημη ιστοσελίδα του εν λόγω κατασκευαστικού οίκου. Στη δε σελ 4 του τεχνικού αυτού φυλλαδίου παρουσιάζεται η ενδεδειγμένη χρήση των μοντέλων ..., ... και ... που προσφέρει ο προσφεύγων. Ως προς δε το τελευταίο μοντέλο πράγματι υπάρχει στη σελ. 4 η ένδειξη (-) ως προς τη χρήση γενικής χειρουργικής, γεγονός που δημιουργεί αμφιβολίες ως προς τη δυνατότητα χρήσης του μοντέλου αυτού για γενική χειρουργική.

60. Επειδή ο προσφεύγων με το υπόμνημά του αντικρούει τον ως άνω λόγο ισχυριζόμενος ότι η Διακήρυξη δεν προβλέπει ότι το προσφερόμενο είδος πρέπει ρητώς να αναφέρει ότι είναι κατάλληλο για χρήση γενικής χειρουργικής και ότι, σε κάθε περίπτωση, το προσφερόμενο από αυτόν

Αριθμός απόφασης: 736/2019

σύστημα προβολών, όπως προκύπτει από τα προσκομισθέντα με την προσφορά του έγγραφα είναι κατάλληλο για χρήση γενικής χειρουργικής.

61. Επειδή στον όρο 1 της διακήρυξης αναφέρεται ως αντικείμενο του διαγωνισμού η προμήθεια και εγκατάσταση πέντε προβολών οροφής του χειρουργείου τεχνολογίας LED. Ωστόσο, ούτε στο προαναφερθέντα όρο, ούτε στις τεχνικές προδιαγραφές του Παραρτήματος Γ περιλαμβάνεται οιαδήποτε αναφορά ως προς τα είδη χειρουργικής που θα χρησιμοποιηθούν οι υπό προμήθεια προβολείς (γενική ή άλλη) και δη επί ποινή αποκλεισμού.

62. Επειδή, κατόπιν ελέγχου της τεχνικής προσφοράς του προσφεύγοντος προκύπτει ότι υπέβαλε γενικό τεχνικό φυλλάδιο του κατασκευαστικού οίκου ..., το οποίο παρουσιάζει τα τεχνικά χαρακτηριστικά διαφόρων μοντέλων προβολέα ..., συμπεριλαμβανομένου και του μοντέλου ... που προσφέρει ο προσφεύγων. Στη δε σελίδα 4 του εν λόγω τεχνικού φυλλαδίου, όπου παρουσιάζεται η ενδεικτική χρήση των μοντέλων ..., ... και ..., για το τελευταίο μοντέλο αναφέρεται ως προτεινόμενη («recommended») η χρήση γενικής χειρουργικής. Από δε το υποβληθέν έγγραφο υπό τίτλο «Product data» προκύπτει ότι ο προσφεύγων προσφέρει στον επίμαχο διαγωνισμό το μοντέλο ... 160.000lux σε 1m, ήτοι μοντέλο που σύμφωνα με το τεχνικό φυλλάδιο είναι κατάλληλο για γενική χειρουργική χρήση. Συνεπώς, βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων ότι εκ των υποβληθέντων με την προσφορά του εγγράφων προκύπτει ότι το προσφερόμενο από αυτόν. Ωστόσο, εφόσον η αναθέτουσα αρχή εκ των υστέρων διαπίστωσε ότι από το τεχνικό φυλλάδιο το οποίο είναι αναρτημένο στην επίσημη ιστοσελίδα του εν λόγω κατασκευαστικού οίκου προκύπτει ασάφεια σε σχέση με το αληθές περιεχόμενο του τεχνικού φυλλαδίου του προσφερόμενου από τον προσφεύγοντα μοντέλου ή ως προς το αν το προσφερόμενο από τον προσφεύγοντα σύστημα προβολών είναι κατάλληλο για γενική χειρουργική χρήση, όφειλε να καλέσει τον προσφεύγοντα προς παροχή διευκρινίσεων επί του ζητήματος αυτού, δοθέντος του ότι από τα έγγραφα της υποβληθείσας προσφοράς τα οποία αξιολόγησε δεν προκύπτει ότι το προσφερόμενο είδος δεν ενδείκνυται για γενική χειρουργική χρήση και διότι δεν αποδεικνύει ότι το φυλλάδιο της επίσημης ιστοσελίδας του κατασκευαστικού οίκου αφορά στο συγκεκριμένο μοντέλο που αναφέρει στο υποβληθέν με την προσφορά του τεχνικό του φυλλάδιο ο προσφεύγων,

Αριθμός απόφασης: 736/2019

δοθέντος ότι υπάρχουν διαφορετικές εκδόσεις μοντέλων με διαφορετικά τεχνικά χαρακτηριστικά.

63 Επειδή ο παρεμβαίνων στην παρέμβασή του επικαλείται νέους λόγους απόρριψης της τεχνικής προσφοράς του προσφεύγοντος βάλλοντας εν τοις πράγμασι κατά της αιτιολογίας της προσβαλλόμενης πράξης. Ωστόσο, οι ισχυρισμοί αυτοί προβάλλονται απαραδέκτως καθώς η παρέμβαση ασκείται μόνον προς διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, η δε προσβαλλόμενη απόφαση δεν ερείδεται επί της ακαταλληλότητας του προσφερόμενου από τον προσφεύγοντα προβολέα για γενική χειρουργική χρήση προς απόρριψη της προσφοράς του ούτε για παράβαση του άρθρου 73 του Ν.4412/2016, ήτοι λόγω παροχής παραπλανητικών πληροφοριών που δύνανται να επηρεάσουν ουσιωδώς την επιλογή του στη διαγωνιστική διαδικασία. Σε κάθε δε περίπτωση, προβάλλονται και άνευ εννόμου συμφέροντος καθόσον και με νέα αιτιολογία από την αναθέτουσα αρχή, το διατακτικό της προσβαλλόμενης δεν μεταβλήθηκε.

64. Επειδή κατόπιν αποδοχής της βασιμότητας των ισχυρισμών του προσφεύγοντος περί παράνομης απόρριψης της προσφοράς του, μετ' εννόμου συμφέροντος και, άρα παραδεκτώς, ο προσφεύγων προβάλλει ισχυρισμούς κατά της νομιμότητας της τεχνικής προσφοράς του παρεμβαίνοντος. Συγκεκριμένα, με τον τρίτο λόγο της προσφυγής ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η τεχνική προσφορά του παρεμβαίνοντος πρέπει να απορριφθεί διότι ο προσφερόμενος από αυτόν προβολέας δεν πληροί την τεχνική προδιαγραφή περί εκπομπής ακτινοβολίας <500 (W/m²) καθώς στην ενισχυμένη λειτουργία 160.000 lux εκπέμπει ακτινοβολία 555 (W/m²).

65. Επειδή το συμφέρον είναι έννομο όταν: α) δεν αντίκειται στο δίκαιο β) αναγνωρίζεται από το δίκαιο και γ) αποσκοπεί στη διατήρηση των ισχυουσών ρυθμίσεων, οι οποίες διασφαλίζουν μια ευνοϊκή για τον αιτούντα κατάσταση και οι ως άνω προϋποθέσεις πρέπει να συντρέχουν αθροιστικώς (Δ. Θ. ΠΥΡΓΑΚΗΣ, *ΤΟ ΕΝΝΟΜΟ ΣΥΜΦΕΡΟΝ ΣΤΗ ΔΙΚΗ ΕΝΩΠΙΟΝ ΤΟΥ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ ΤΗΣ ΕΠΙΚΡΑΤΕΙΑΣ*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 81 και 84). Επομένως, η προβολή από τον προσφεύγοντα του οποίου η προσφορά έχει γίνει αποδεκτή, ισχυρισμού κατά άλλου συνδιαγωνιζόμενου, ο οποίος συντρέχει και για τον ίδιο, με σκοπό τον αποκλεισμό του από τη συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας, αντίκειται στην αρχή του ίσου μέτρου κρίσης, η

Αριθμός απόφασης: 736/2019

οποία αποτελεί ειδικότερη έκφανση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας που διέπουν το σύνολο του ενωσιακού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, αλλά και στην καλή πίστη και πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτος.

66. Επειδή η απόρριψη του ισχυρισμού του προσφεύγοντος ως άνευ εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενου, διαφυλάσσει την αρχή της ίσης μεταχείρισης επιτρέποντας την ενιαία αξιολόγηση των προσφορών, χωρίς, παράλληλα, να στερεί από την αναθέτουσα αρχή τη διακριτική ευχέρεια να ανακαλέσει για το λόγο αυτό την αποδοχή όλων των οικονομικών προσφορών με την ίδια πλημμέλεια (Ε.Α. ΣτΕ 127/2015, 56/2008, πρβλ. ΣτΕ 3095/2001 κ.ά.) καθώς και εξυπηρετεί την οικονομία, την ταχύτητα και την αποτελεσματικότητα της διαδικασίας.

67. Επειδή στην παρ. 4 του Παραρτήματος Γ ορίζεται ότι, επί ποινή αποκλεισμού, το προσφερόμενο σύστημα προβολών πρέπει να εκπέμπει ακτινοβολία $<500 \text{ (W/m}^2\text{)}$, με φωτεινότητα $160.000\pm 10\%$. Από την επισκόπηση της τεχνικής προσφοράς του παρεμβαίνοντος προκύπτει ότι στο φύλλο συμμόρφωσης δηλώνει ότι προσφέρει το μοντέλο προβολέα ... του κατασκευαστικού οίκου ..., ο οποίος εκπέμπει ακτινοβολία στα 100.000 lux : $347 \text{ (W/m}^2\text{)}$ και στην ενισχυμένη λειτουργία (160.000 lux) $555 \text{ (W/m}^2\text{)}$. Ωστόσο, θα πρέπει να επισημανθεί ότι από το φύλλο συμμόρφωσης και το τεχνικό φυλλάδιο που προσκομίστηκαν από τον προσφεύγοντα, ο προσφερόμενος από αυτόν προβολέας εκπέμπει ακτινοβολία: $488 \text{ (W/m}^2\text{)}$ σε φωτεινότητα 140.000 lux . Επίσης, στο φύλλο συμμόρφωσης αναφέρεται ότι η ένταση φωτισμού του προβολέα είναι ρυθμιζόμενη από 32.000 Lux έως 160.000 lux (20%-100%). Δεδομένου όμως ότι σύμφωνα με το ως άνω τεχνικό φυλλάδιο του προσφεύγοντος η συνολική εκπεμπόμενη ακτινοβολία του προβολέα προκύπτει με βάση τον τύπο $3,50 \text{ mW/m}^2 \cdot \text{lx}$, στη φωτεινότητα των 160000 lx η συνολική εκπεμπόμενη ακτινοβολία είναι $3,50 \text{ mW/m}^2 \cdot 160000 \text{ lx} = 560000 \text{ mW/m}^2$ ή 560 W/m^2 και άρα μεγαλύτερη της αιτούμενης από την τεχνική προδιαγραφή ακτινοβολίας 500 w/m^2 . Επομένως, εκ των υποβληθέντων από τον προσφεύγοντα εγγράφων αποδεικνύεται ότι η αναθέτουσα αρχή, τηρώντας την αρχή της ίσης μεταχείρισης, αξιολόγησε με τα ίδια κριτήρια τις προσφορές τόσο του προσφεύγοντος όσο και του παρεμβαίνοντος ως προς την ως άνω απαίτηση. Ως εκ τούτου, και σύμφωνα

Αριθμός απόφασης: 736/2019

με τα εκτεθέντα στις προηγούμενες σκέψεις, ο σχετικός ισχυρισμός του προσφεύγοντος πρέπει να απορριφθεί ως άνευ εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενος.

68. Επειδή ο προσφεύγων με τον τελευταίο λόγο της προσφυγής του ισχυρίζεται ότι η τεχνική προσφορά του παρεμβαίνοντος θα πρέπει να απορριφθεί διότι ο προσφερόμενος από αυτόν προβολέας δεν πληροί την τεχνική προδιαγραφή περί δυνατότητας ενεργοποίησης φωτισμού ενδοσκοπησης, ελέγχου της έντασης και του πεδίου φωτισμού από χειριστήρια ενσωματωμένα επί κεφαλής καθώς ο ενδοσκοπικός φωτισμός επιτυγχάνεται μέσω αποστειρωμένης χειρολαβής.

69. Επειδή σύμφωνα με την παρ. 4 του Παραρτήματος Γ-Τεχνικές Προδιαγραφές της διακήρυξης, το σύστημα προβολών απαιτείται, επί ποινή αποκλεισμού να διαθέτει δυνατότητα ενεργοποίησης φωτισμού ενδοσκοπησης, ελέγχου της έντασης και του πεδίου φωτισμού από χειριστήρια ενσωματωμένα επί κεφαλής

70. Επειδή από τον έλεγχο της τεχνικής προσφοράς του παρεμβαίνοντος και συγκεκριμένα από τις σελ. 20-22 του υποβληθέντος εγχειριδίου χρήσης, στο οποίο παραπέμπει το φύλλο συμμόρφωσης, αποδεικνύεται ότι η ενεργοποίηση του φωτισμού ενδοσκοπησης πραγματοποιείται με χειριστήρια επί της κεφαλής του προβολέα και επιπρόσθετα από αποστειρωμένη χειρολαβή. Περαιτέρω, από τη σελ. 2 του φυλλαδίου τεχνικών χαρακτηριστικών προκύπτει ότι η χρήση χειρολαβής για τη ρύθμιση του φωτισμού αποτελεί προαιρετικό εξοπλισμό του προβολέα («*optional equipment*»). Επομένως, εκ των ανωτέρω εγγράφων που υποβλήθηκαν με την τεχνική προσφορά του παρεμβαίνοντος αποδεικνύεται η πλήρωση της επίμαχης τεχνικής προδιαγραφής και ο σχετικός λόγος προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

71. Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση.

72.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή.

73.Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Αριθμός απόφασης: 736/2019

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμό .../3.4.2019 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος που απέκλεισε την προσφορά του προσφεύγοντος, σύμφωνα με το σκεπτικό της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 600 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 21 Ιουνίου 2019 και εκδόθηκε στις 11 Ιουλίου 2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΜΑΡΓΑΡΙΤΑ Χ. ΚΑΝΑΒΑ

ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΛΙΑΚΑΤΣΙΔΑΣ