

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 02^α Ιουνίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου - Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει, σε συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. Α133/27.09.2022 απόφαση του Γ τμήματος του Διοικητικού Εφετείου Κομοτηνής, την από 10.04.2018 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ 336/10.04.2018 προδικαστική προσφυγή, του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ν.π.δ.δ. με την επωνυμία ...«...» (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. ...2018 απόφαση του Δ.Σ της αναθέτουσας αρχής (ΑΔΑ: ...), η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού διαγωνισμού για την «προμήθεια ενός μικροσκοπίου χειρουργικού οφθαλμολογικού από πόρους του ...», προϋπολογισμού 1.497.000€, συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24%, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής (με αριθμ. .../2017 διακήρυξη, ΑΔΑΜ: ..., συστημικός αριθμός ΕΣΗΔΗΣ:).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Αν. Χαραλαμποπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ.,

ποσού εξακοσίων ευρώ (600,00€) αναλογούν παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την, από 10.04.2018, προδικαστική προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ 336/10.04.2018, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Αρχής, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα προσβάλλει την ως άνω πράξη, καθόσον η κατ' αυτής προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη, υπ' αριθμ. 191/2018 πράξη της αναθέτουσας αρχής, με Θέμα: 9^ο: «*Πρακτικό αποσφράγισης και αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικών προσφορών του αριθ. .../2017 διαγωνισμού (ΣΥΣΤ. ΑΡΙΘΜΟΣ ...) για την προμήθεια ενός μικροσκοπίου χειρουργικού οφθαλμολογικού από πόρους του ...*», αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 28.03.2018.

4. Επειδή, η προσφεύγουσα, που δραστηριοποιείται ενεργά στο αντικείμενο της επίμαχης προμήθειας και υπέβαλε τη με αριθμό ... προσφορά για το είδος με αριθμ. 9 [(1) Μικροσκόπιο Χειρουργικό Οφθαλμολογικό] του εν θέματι διαγωνισμού, θεμελιώνει άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής. Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016, καθόσον με την υπ' αριθμ. .../2018 απόφαση της αναθέτουσας αρχής μη νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά της, με το σκεπτικό ότι δεν πληροί τις με αριθμό 7, 13 και 20 τεχνικές προδιαγραφές του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης.

5. Επειδή, η οικεία αναθέτουσα αρχή απέστειλε το με αριθμ. πρωτ. .../...2018 έγγραφο απόψεων σε σχέση με την υπό κρίση προσφυγή, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

6. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης, προκύπτουν τα εξής: • 1^{ος} λόγος προσφυγής: μη πλήρωση της με αριθμό 7 τεχνικής προδιαγραφής. Σύμφωνα με την με αριθ. 7 προδιαγραφή του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης, το προσφερόμενο μικροσκόπιο θα πρέπει: *«Να διαθέτει προσοφθάλμιο σύστημα με δυνατότητα κλίσης τουλάχιστον 180° και φακούς 10x ευρέως πεδίου, με δυνατότητα διόρθωσης των διοπτριών του χειρουργού»*. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι μη νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά της, με το σκεπτικό ότι δεν αποδείχθηκε η πλήρωση της με αριθμ. 7 προδιαγραφής, αφού από τα δηλωθέντα στο φύλλο συμμόρφωσης προκύπτει ότι το προσφερόμενο μηχάνημα πληροί την εν λόγω προδιαγραφή, τούτο δε συνομολογείται και από την ίδια την αναθέτουσα αρχή, αφού στην προσβαλλομένη απόφαση αναφέρεται ότι: *«Το προσφερόμενο προσοφθάλμιο σύστημα που καλύπτει την τεχνική προδιαγραφή...»*. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι το προσφερόμενο μηχάνημα διαθέτει το απαιτούμενο προσοφθάλμιο σύστημα χειρουργού, παρά το γεγονός ότι στο user manual που υπέβαλε στον διαγωνισμό, αναφέρεται ότι ορισμένες εκ των δυνατοτήτων των προϊόντων που κατασκευάζει ο κατασκευαστικός οίκος «....» είναι προαιρετικές. Όπως αναφέρει στην προσφυγή της, τούτο συμβαίνει, διότι το ως άνω τεχνικό έγγραφο αφορά στο σύνολο των προϊόντων που κατασκευάζει ο συγκεκριμένος οίκος και όχι ειδικά στο προσφερόμενο προϊόν.

Στο άρθρο 2.4.3 («Περιεχόμενα Φακέλου “Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά”») παρ. 2 της διακήρυξης ορίζεται ότι: *«[...] Οι προσφορές θα περιλαμβάνουν και θα αναγράφουν οπωσδήποτε την ισοδύναμη σύνθεση του προσφερόμενου είδους, κατά τις απαιτήσεις των όρων της διακήρυξης, με αντίγραφο αντίστοιχο της οικονομικής προσφοράς, χωρίς όμως αναγραφή των προσφερόμενων τιμών. 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 (ιδίως την ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ του). Έτσι, στον (υπό) φάκελο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά», υποβάλλονται ηλεκτρονικά τα κάτωθι τα οποία θα φέρουν και ψηφιακή υπογραφή:*
Α) Πλήρης τεχνική περιγραφή στην ελληνική γλώσσα, σε πλήρη ανταπόκριση -

παραπομπή (ανά κεφάλαιο και παράγραφο) τα είδη, τις τεχνικές προδιαγραφές και τους λοιπούς όρους της διακήρυξης. Προς τούτο συντάσσεται και υποβάλλεται ψηφιακά υπογεγραμμένος οι ΠΙΝΑΚΕΣ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ Σ1 & Σ2 του Παραρτήματος III (μόνο για τα είδη για τα οποία υποβάλλεται η προσφορά). Β) Τα ηλεκτρονικά υποβαλλόμενα τεχνικά φυλλάδια (*Prospectus*), θα πρέπει να είναι ψηφιακά υπογεγραμμένα από τον κατασκευαστικό οίκο. Σε αντίθετη περίπτωση θα πρέπει να συνοδεύονται από υπεύθυνη δήλωση ψηφιακά υπογεγραμμένη από τον προσφέροντα, στην οποία θα δηλώνεται ότι τα αναγραφόμενα σε αυτά στοιχεία ταυτίζονται με τα στοιχεία των τεχνικών φυλλαδίων (*Prospectus*) του κατασκευαστικού οίκου. (Προσφορές που δεν είναι σύμφωνες με τα παραπάνω οριζόμενα απορρίπτονται). Τεχνικά φυλλάδια (*Prospectus*) και άλλα έντυπα -εταιρικά ή μη- με ειδικό τεχνικό περιεχόμενο μπορούν να υποβάλλονται στην αγγλική γλώσσα, χωρίς να συνοδεύονται από μετάφραση στη ελληνική. Τονίζεται ιδιαίτερα ότι οι Τεχνικές Προσφορές δεν πρέπει να έχουν καμία απολύτως άμεση ή έμμεση αναφορά στα οικονομικά στοιχεία των Προσφορών. Σε περίπτωση που διαπιστωθεί κάτι τέτοιο, η προσφορά αποκλείεται από περαιτέρω αξιολόγηση κατόπιν γνωμοδότησης της Επιτροπής. Για την πιο ομαλή και πιο γρήγορη διεξαγωγή της διαδικασίας αξιολόγησης, οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να προσκομίσουν και σε έντυπη μορφή τα τεχνικά φυλλάδια ή προσπέκτους ή βεβαιώσεις στα οποία γίνονται παραπομπές στο Φύλλο Συμμόρφωσης των Τεχνικών Προδιαγραφών και Ειδικών Όρων». Επίσης, στο άρθρο 2.4.4 («Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών») της διακήρυξης, προβλέπεται ότι: «Η Οικονομική Προσφορά συντάσσεται με βάση το αναγραφόμενο στην παρούσα κριτήριο ανάθεσης που είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής και σύμφωνα με το Υπόδειγμα στο Παράρτημα IV της διακήρυξης...».

Από την επισκόπηση της εν λόγω προσφοράς προκύπτουν τα εξής: Στο υποβληθέν φύλλο συμμόρφωσης η προσφεύγουσα δήλωσε σχετικά με την πλήρωση της με αριθμ. 7 προδιαγραφής ότι: «Το προσφερόμενο ... διαθέτει προσοφθάλμιο σύστημα χειρουργού διαμέτρου $f=170\text{ mm}$, με δυνατότητα κλίσης 180° και προσοφθάλμιους φακούς 10x, ευρέως πεδίου (*wide field*), οι οποίοι διαθέτουν μαγνητικό κούμπωμα επί του προσοφθάλμιου

σωλήνα, για μέγιστη σταθερότητα, ώστε να αποφεύγονται περιπτώσεις περιστροφής κατά την επαφή της κεφαλής χειρουργού με έντονο στρες και πιθανή αλλοίωση της διόρθωσης επιλογής. Επιπλέον υπάρχει η δυνατότητα τοποθέτησης και αντίστοιχων προσοφθαλμίων φακών 12,5x. Το προσοφθαλμίο σύστημα έχει δυνατότητα διόρθωσης της αμετρωπίας του χειρουργού από +5 διοπτρίες έως –8 διοπτρίες με αντίστοιχη αναγραφή τους επί της επιφάνειάς τους, για πλήρη ευχρηστία». Περαιτέρω, από την εξέταση του υποβληθέντος user manual, προκύπτει ότι ορισμένες επιλογές του εν λόγω μικροσκοπίου αναφέρονται ως προαιρετικές («optional»), χωρίς να διευκρινίζεται εάν το προσφερόμενο προϊόν διαθέτει τις επίμαχες δυνατότητες εξοπλισμού (ή όχι). Επομένως, αφού το συγκεκριμένο τεχνικό έγγραφο αναφέρει γενικά και αόριστα όλες τις δυνατές επιλογές έκδοσης του εν λόγω προϊόντος και δεν αποσαφηνίζονται σε αυτό τόσο ο βασικός, όσο και ο προαιρετικός εξοπλισμός το προσφερόμενου στον ένδικο διαγωνισμό προϊόντος, ορθώς απορρίφθηκε η εν λόγω προσφορά, λόγω διαπίστωσης ασάφειας ως προς την πλήρωση (ή μη) των επίμαχων τεχνικών απαιτήσεων.

Εξάλλου, ως βασίμως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή, η προσφεύγουσα, κατά παράβαση του άρθρου 2.4.4 της διακήρυξης, δεν κατέθεσε συμπληρωμένο (ήτοι, χωρίς αναγραφή των τιμών) Υπόδειγμα του Παραρτήματος IV («Υπόδειγμα Οικονομικής Προσφοράς») της διακήρυξης. Πέραν, όμως, αυτής της ως άνω πλημμέλειας της προσφοράς της, η προσφεύγουσα, κατά παράβαση του άρθρου 2.4.3.2 της διακήρυξης, στο οποίο ορίζεται ρητώς και σαφώς ότι οι προσφορές θα περιλαμβάνουν και θα αναγράφουν οπωσδήποτε την ισοδύναμη σύνθεση του προσφερόμενου είδους «... κατά τις απαιτήσεις των όρων της διακήρυξης... με αντίγραφο αντίστοιχο της οικονομικής προσφοράς» – διάταξη που, σε κάθε περίπτωση, έχει πολύ μεγάλη σημασία, δοθέντος ότι η διακήρυξη αφορά σε ανάθεση δημόσιας σύμβασης προμήθειας υψηλής τεχνολογίας και αρκετά εξειδικευμένου εξοπλισμού, ο οποίος δύναται να διαθέτει πληθώρα εκδόσεων ή επιλογές αναβάθμισης της βασικής σύνθεσης με προαιρετικό εξοπλισμό – δεν περιέγραψε, ως ήταν υποχρεωμένη, την ισοδύναμη σύνθεση του προσφερόμενου είδους, αφού στην τεχνική της προσφορά αναγράφεται απλώς ότι προσφέρεται: «Ένα μικροσκόπιο χειρουργικό οφθαλμολογικό τύπου του οίκου και

επομένως, η εν λόγω προσφορά ορθώς κρίθηκε ως ασαφής/πλημμελής και για τον λόγο αυτόν, απορριπτέα.

Θα πρέπει, επίσης, να σημειωθεί ότι κρίνεται αβάσιμος ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, σύμφωνα με τον οποίο η πλήρωση της επίμαχης απαίτησης προκύπτει από την υποβληθείσα τεχνική προσφορά της, στην οποία αναφέρει ρητά ότι αποδέχεται πλήρως και ανεπιφύλακτα όλους τους όρους της διακήρυξης. Και τούτο, διότι προς απόδειξη πλήρωσης των τεχνικών προδιαγραφών είναι, σε κάθε περίπτωση, υποχρεωτική η πλήρης περιγραφή του προσφερόμενου προϊόντος, δια της υποβολής των κατάλληλων τεχνικών εγγράφων και δικαιολογητικών (π.χ τεχνικά φυλλάδια, πιστοποιητικά ISO, βεβαιώσεις κατασκευαστή κλπ) και δεν αρκεί η υποβολή υπεύθυνης δήλωσης εκ μέρους του υποψηφίου, δια της οποίας δηλώνει μόνο ότι αποδέχεται πλήρως τους όρους της διακήρυξης.

Περαιτέρω αβάσιμος κρίνεται και ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, κατά τον οποίο σε περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή διατηρούσε αμφιβολίες ως προς την πλήρωση (η μη) της επίμαχης τεχνικής απαίτησης, είχε τη δυνατότητα να την καλέσει προς παροχή σχετικών διευκρινίσεων, σύμφωνα με το άρθρο 3.1.1. της διακήρυξης (αντίστοιχα, άρθρο 102 ν. 4412/2016), καθόσον δεν είναι επιτρεπτή η συμπλήρωση/αποσαφήνιση μιας προσφοράς, όταν πρόκειται για την απόδειξη απαραίπτων όρων της διακήρυξης, όπως είναι, κατά πάγια νομολογία, οι τεχνικές προδιαγραφές. Τουναντίον, ο υποψήφιος οικονομικός φορέας υποχρεούται όπως υποβάλλει τα κατάλληλα έγγραφα και δικαιολογητικά, ώστε να αποδείξει ότι η προσφορά του συμμορφώνεται με τις τιθέμενες τεχνικές προδιαγραφές (καθήκον επιμέλειας του υποψηφίου). Επισημαίνεται στο σημείο αυτό ότι οι τεχνικές προδιαγραφές που τίθενται ως όροι επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, 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 διακήρυξη, στοιχεία (ΣΤΕ 436/2002), όπως και δεν είναι δυνατή η λήψη υπόψη κατά τη διαδικασία ανάθεσης, ιδιότητας/προσόντος που ενώ, όχι μόνο δεν αποδείχθηκε, αλλά και ουσιαστικά έλειπε, κατά τον χρόνο υποβολής της

προσφοράς, τυχόν αποκτήθηκε μεταγενεστέρως, καθώς έτσι θα παραβιαζόταν η αρχή της τυπικότητας του διαγωνισμού και ασφάλειας αυτού, εκθέτοντας την κατακυρωτική κρίση σε τυχαία, μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα (βλ. μεταξύ πολλών, υπ' αριθμ. 1452/2021 απόφαση της Αρχής).

Με βάση τα προαναφερόμενα και δοθέντος ότι η προσφεύγουσα, κατά παράβαση του άρθρου 2.4.3.2. της διακήρυξης, δεν περιέγραψε στην προσφορά της την ισοδύναμη σύνθεση του προσφερόμενου είδους, αλλά ούτε και υπέβαλε τα κατάλληλα τεχνικά έγγραφα (πχ βεβαίωση του κατασκευαστή κλπ), ώστε να αποδεικνύεται άνευ οιασδήποτε αμφιβολίας ότι πληρούται η επίμαχη τεχνική προδιαγραφή, όπως έπρεπε για την επί ίσοις όροις αξιολόγηση των υποβληθεισών προσφορών, νομίμως και αιτιολογημένα απορρίφθηκε η προσφορά της από την αναθέτουσα αρχή, η οποία είχε, δυνάμει του άρθρ. 2.4.6. της διακήρυξης, δέσμια αρμοδιότητα να την απορρίψει. Εξάλλου, σε κανένα σημείο της εν θέματι διακήρυξης δεν αναφέρεται ότι οι τεχνικές προδιαγραφές είναι προαιρετικές, οι οποίες, κατά τα παγίως κριθέντα από τη νομολογία, αποτελούν ενιαίο σύνολο (Ε.Α ΔΕΦΑΘ 230/2012). Τουναντίον, ορίζεται σαφώς και ρητώς ότι το σύνολο των τιθέμενων τεχνικών προδιαγραφών, θα πρέπει να καλύπτεται, ως αυτές καταγράφονται στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης, ενώ παράλληλα δεν επιτρέπονται οι εναλλακτικές προσφορές (βλ. άρθρο 2.4.6.). Καταληκτικά και λαμβανομένου υπόψη ότι, σύμφωνα με τους όρους της οικείας διακήρυξης, που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, ευχερώς συνάγεται ότι τα προσφερόμενα προϊόντα, απαιτείται να συγκεντρώνουν σωρευτικά τα σχετικώς απαιτούμενα τεχνικά χαρακτηριστικά και δη επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, ο 1^{ος} λόγος της υπό κρίση προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί.

• 2^{ος} λόγος προσφυγής: μη πλήρωση της με αριθμό 13 τεχνικής προδιαγραφής. Σύμφωνα με την με αριθμό 13 τεχνική προδιαγραφή του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης, το μικροσκόπιο θα πρέπει: *«Να διαθέτει σύστημα απόλυτα ομοαξονικής συγχειρούργησης (0°), με προσοφθάλμια κεφαλή κλίσης τουλάχιστον 160° με προσοφθάλμιους φακούς τουλάχιστον 10X και με δυνατότητα διόρθωσης των διοπτριών του συγχειουργού. Η προσοφθάλμια κεφαλή πρέπει να έχει επιπλέον δυνατότητα στρέψης περίπου*

$\pm 15^\circ$ για περισσότερη άνεση του συγχειρουργού. Το σύστημα συγχειρουργήσεως θα πρέπει να διαθέτει ανεξάρτητο εναλλαγέα τουλάχιστον 5 μεγεθύνσεων καθώς επίσης και σύστημα για μικροεστίαση (focusing)». Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι μη νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά της, με το σκεπτικό ότι δεν αποδείχθηκε εάν πληρούται (ή όχι) η τεχνική απαίτηση που αφορά στην επιπλέον δυνατότητα στρέψης της προσοφθάλμιας κεφαλής $\pm 15^\circ$ από τη αρχική θέση $\pm 90^\circ$, διότι στην προσφορά της δήλωσε σαφώς ότι η προσοφθάλμια κεφαλή του προσφερόμενου μικροσκοπίου έχει τη δυνατότητα στρέψης 90° από την αρχικώς επιλεγείσα θέση με εύκολη αναστροφή της κεφαλής και με μηχανικό κλείδωμά της για πλήρη ασφάλεια, έναντι των μόλις 15° που ζητούνται στην εν λόγω προδιαγραφή. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι: α) σε καμία διάταξη της εν λόγω διακήρυξης δεν υπάρχει ρητή πρόβλεψη «...σχετικά με τη δυνατότητα περιστροφής του μικροσκοπίου συγχειρουργήσεως $\pm 90^\circ$ από την αρχική θέση και επιπροσθέτως $\pm 15^\circ$, όπως αβασίμως δέχθηκε η προσβαλλόμενη, απορρίπτοντας την προσφορά μας ερειδόμενη επί εσφαλμένης προϋποθέσεως...» και β) η συγκεκριμένη επιλογή αναγράφεται μεν ως προαιρετική («optional»), στο user manual που υπέβαλε στον διαγωνισμό, ωστόσο, αυτό οφείλεται στο ότι στο συγκεκριμένο τεχνικό έγγραφο αναφέρονται όλες οι δυνατές επιλογές έκδοσης του εν λόγω προϊόντος.

Από την επισκόπηση της επίμαχης προσφοράς προκύπτει ότι η προσφεύγουσα δήλωσε στο φύλλο συμμόρφωσης ότι: «...Το μικροσκόπιο συγχειρουργήσεως έχει επιπλέον δυνατότητα στρέψης περίπου 90° από τη θέση του βασικού χειρουργού, είτε αριστερά του, είτε δεξιά του, ώστε να επιτυγχάνεται περισσότερη άνεση χειρισμών, τόσο του βασικού χειρουργού, όσο και του συγχειρουργού. Η επιλογή της θέσης υποστηρίζεται κι από μηχανισμό κλειδώματος με μικρή δυνατότητα μικροκινήσεων, ώστε να εξασφαλίζεται άψογο οπτικό πεδίο, αλλά και ασφάλεια χρήσης κατά το χειρουργείο». Επίσης, στο υποβληθέν user manual (βλ. σελ. 70 working position) αναφέρεται ότι οι θέσεις συγχειρουργήσεως είναι δύο ($\pm 90^\circ$) και επομένως, μολονότι υφίσταται δυνατότητα μικρορύθμισης της θέσης συγχειρουργήσεως, εντούτοις, δεν αποδεικνύεται η συμμόρφωση με την επίμαχη τεχνική απαίτηση, στην οποία ζητείται η επιπλέον δυνατότητα στρέψης της προσοφθάλμιας κεφαλής $\pm 15^\circ$ από τη αρχική θέση $\pm 90^\circ$.

Επομένως, εν προκειμένω, βασίμως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή ότι επειδή είναι γνωστό τοις πάσι, ότι τα συστήματα συγχειρουργησης τοποθετούνται σε γωνία 90° ή 180° από τη θέση του βασικού χειρουργού, ώστε να υπάρχει επαρκής χώρος, τόσο για τον χειρουργό, όσο και για τον συγχειρουργό, η πραγματική έννοια της με αριθμ. 13 προδιαγραφής, κατά την οποία: *«Η προσοφθάλμια κεφαλή πρέπει να έχει επιπλέον δυνατότητα στρέψης περίπου $\pm 15^\circ$ για περισσότερη άνεση του συγχειρουργού»*, είναι ότι η προσοφθάλμια κεφαλή θα πρέπει να μην βρίσκεται σταθεροποιημένη στην βασική της θέση (όποια και εάν είναι αυτή, π.χ $\pm 90^\circ$ ή 180°), αλλά να υπάρχει η δυνατότητα επιπλέον ρύθμισης κατά περίπου $\pm 15^\circ$, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Επίσης, σημειώνεται ότι νομίμως απορρίφθηκε η υπό εξέταση προσφορά, αφού το προσφερόμενο προσοφθάλμιο σύστημα του συγχειρουργού αναφέρεται στο user manual, ως «optional» (βλ. σελίδα 58). Τέλος, σχετικά με τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας που αφορούν στην εκ μέρους της πλήρη και ανεπιφύλακτη αποδοχή των όρων της διακήρυξης, από την οποία δήθεν (αποδοχή) προκύπτει η πλήρωση της επίμαχης προδιαγραφής, αλλά και στη δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να της ζητήσει σχετικές διευκρινίσεις, σύμφωνα με το άρθρ. 102 του ν. 4412/2016, ισχύουν mutatis mutandis όσα προαναφέρθηκαν στον 1^ο λόγο προσφυγής. Επομένως, οι σχετικοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας θα πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι. Με βάση τα προαναφερόμενα και δοθέντος ότι η προσφεύγουσα, κατά παράβαση του άρθρου 2.4.3.2. της διακήρυξης, δεν περιέγραψε στην προσφορά της την ισοδύναμη σύνθεση του προσφερόμενου είδους, αλλά ούτε και υπέβαλε τα κατάλληλα τεχνικά έγγραφα (πχ βεβαίωση του κατασκευαστή κλπ), ώστε να αποδεικνύεται άνευ οιασδήποτε αμφιβολίας ότι πληρούνται η επίμαχη τεχνική προδιαγραφή, ήτοι, η επιπλέον δυνατότητα στρέψης της προσοφθάλμιας κεφαλής $\pm 15^\circ$ από την αρχική θέση των $\pm 90^\circ$, ως έδει για την επί ίσοις όροις αξιολόγηση των υποβληθεισών προσφορών, νομίμως και αιτιολογημένα απορρίφθηκε η προσφορά της από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με το άρθρο 2.4.6. της διακήρυξης (μη πλήρωση απαράβατων όρων). Επομένως, ο 2^{ος} λόγος της υπό κρίση προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

• 3^{ος} λόγος προσφυγής: μη πλήρωση της με αριθμό 20 τεχνικής προδιαγραφής. Σύμφωνα με την με αριθμ. 20 τεχνική προδιαγραφή του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης, το προσφερόμενο μικροσκόπιο θα πρέπει: *«Να διαθέτει προς επιλογή αναβάθμισης χειρουργική ηλεκτροκίνητη καρέκλα στην οποία να ενσωματώνεται και ο αναφερόμενος ποδοδιακόπτης. Να αναφερθούν τα χαρακτηριστικά της προς αξιολόγηση».* Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι: *«... Η συγκεκριμένη χειρουργική πολυθρόνα πράγματι δεν συμπεριλαμβάνει ειδική θήκη για τον ποδοδιακόπτη για τους εξής χρηστικούς λόγους: Ο οφθαλμίατρος χειρουργός χρησιμοποιεί δύο (2) διαφορετικούς ποδοδιακόπτες, ένα ασύρματο για τις κινήσεις του μικροσκοπίου κι έναν ομοίως ασύρματο για τη χρήση της φακοθρυψίας, η χρήση των οποίων γίνεται σχεδόν πάντα με το ίδιο πόδι, συνεπώς, η ενσωμάτωση του ποδοδιακόπτη σε ειδική βάση της πολυθρόνας είναι μη χρηστική, καθόσον στερεί από τον χειρουργό λειτουργικό χώρο κίνησης για την φακοθρυψία και το αντίστροφο. Για το λόγο αυτό, άλλωστε, η πλέον σύγχρονη επιλογή είναι οι ποδοδιακόπτες να βρίσκονται στο πάτωμα για να χρησιμοποιούνται με το πόδι και όχι να ενσωματώνονται στην χειρουργική πολυθρόνα. Περαιτέρω, οι ασύρματοι ποδοδιακόπτες παρέχουν τη δυνατότητα να τοποθετούνται ακριβώς στη θέση που ο κάθε χειρουργός θα επιλέξει προς διευκόλυνσή του, με αποτέλεσμα να μην ασκεί καμία επιρροή η εναλλαγή των φυσικών προσώπων που τους χρησιμοποιούν και να δύνανται να χρησιμοποιηθούν αυτοί από πλείονες χειρουργούς με διαφορετικά φυσικά χαρακτηριστικά. Ωστόσο, σε αντίθεση με τη ανωτέρω πλέον σύγχρονη από την Εταιρεία μας προσφερόμενη επιλογή, η Διακήρυξη απαιτεί δυνάμει της με αριθμό 20 προδιαγραφής το μικροσκόπιο να διαθέτει προς επιλογή αναβάθμισης χειρουργική ηλεκτροκίνητη πολυθρόνα στην οποία να ενσωματώνεται ο ποδοδιακόπτης. Δηλαδή, ζητείται να προσφέρει προς μελλοντική δυνατότητα προμήθειας μία άλλη ξεχωριστή από το μικροσκόπιο συσκευή, ήτοι τη χειρουργική πολυθρόνα, χωρίς άλλες ουσιαστικές προδιαγραφές χρήσης πέραν της πρόδηλα αμφιλεγόμενης θήκης ποδοδιακόπτη. Το γεγονός αυτό είχαμε ήδη επισημάνει κατά τη διαβούλευση των τεχνικών προδιαγραφών, χωρίς όμως να εισακουσθούμε.».*

Από τους ανωτέρω αναφερόμενους ισχυρισμούς προκύπτει σαφώς ότι, αφενός μεν, η προσφεύγουσα συνομολογεί την μη πλήρωση της σχετικής

τεχνικής προδιαγραφής, αφετέρου δε, ότι η εταιρεία αυτή μη νομίμως διαμαρτύρεται στο παρόν στάδιο της διαδικασίας για τη θέσπιση της προδιαγραφής με αρ. 20 στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης. Ωστόσο, θα πρέπει στο σημείο αυτό να επισημανθεί ότι, σε περίπτωση που η προσφεύγουσα επιθυμούσε να στραφεί κατά της με αριθμ. 20 τεχνικής προδιαγραφής, θα μπορούσε να είχε ασκήσει προδικαστική προσφυγή εντός της προβλεπόμενης εκ του νόμου προθεσμίας, ενέργεια στην οποία, ωστόσο, δεν προέβη εν προκειμένω. Εξάλλου, λόγοι που αφορούν στους όρους της διακήρυξης του διαγωνισμού προβάλλονται ανεπικαίρως και επομένως απαραδέκτως σε μεταγενέστερο στάδιο της διαδικασίας (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 12.02.2002, Universale-Bau AG, C-470/99, σκέψεις 65 έως 79, καθώς και απόφαση της 27.02.2003, Santex SpA, C-327/00, σκέψεις 32 έως 66). Ως έχει κριθεί από τη νομολογία, στις δημόσιες συμβάσεις ισχύει ο κανόνας της, κατά στάδια, προβολής των λόγων, ήτοι λόγοι που αφορούν σε προγενέστερο στάδιο δεν μπορούν να προβληθούν σε μεταγενέστερο, αλλά θα πρέπει να προβάλλονται επικαίρως (ΕΑ ΣτΕ 207/2002, 295/2003, 602/2003, 884/2003, 69/2005, 1032/2005, 245/2011 κ.ά.). Η αρχή αυτή, της επίκαιρης και αυτοτελούς προσβολής των βλαπτικών πράξεων όλων των οργάνων του διαγωνισμού εντάσσεται στους αρνητικούς όρους του εννόμου συμφέροντος, αποκλείοντας τον παρεμπύπτοντα έλεγχο της νομιμότητας των λόγων αυτών με την ευκαιρία της προσβολής των μεταγενέστερων πράξεων ή παραλείψεων της διαγωνιστικής διαδικασίας με την προδικαστική προσφυγή (ΕΑ ΣτΕ 305/2011, 65/2012). Επομένως, εφόσον η προσφεύγουσα αποδέχθηκε πλήρως και ανεπιφύλακτα όλους τους όρους της ένδικης διακήρυξης (επιχείρημα που, εξάλλου, και η ίδια η προσφεύγουσα προβάλλει στον 1^ο λόγο προσφυγής προς διάσωση της προσφοράς της), ήταν, σε κάθε περίπτωση, υποχρεωμένη όπως υποβάλλει προσφορά που θα βρίσκεται σε πλήρη συμφωνία με τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης.

Εν όψει των ανωτέρω, η προσφεύγουσα αλυσίτελώς ισχυρίζεται ότι κατά τη διάρκεια των διαβουλεύσεων των τεχνικών προδιαγραφών της ένδικης διακήρυξης, είχε προβάλλει αντιρρήσεις επί της επίμαχης προδιαγραφής. Τέλος, σημειώνεται ότι αλυσίτελώς προβάλλεται από την

προσφεύγουσα ότι μη νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά της, λόγω μη πλήρωσης της επίμαχης προδιαγραφής, διότι η εν λόγω προδιαγραφή έχει μικρό συντελεστή βαρύτητας. Με βάση τα προαναφερόμενα, νομίμως και αιτιολογημένα απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας, λόγω μη πλήρωσης της με αριθμ. 20 τεχνικής απαίτησης, η δε οικεία αναθέτουσα αρχή είχε δέσμια αρμοδιότητα να απορρίψει την προσφορά της, δυνάμει του άρθρ. 2.4.6. («Λόγοι απόρριψης προσφορών») της διακήρυξης. Συναφώς, και ο 3^{ος} λόγος της υπό κρίση προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί.

7. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί καθ' ολοκληρίαν.

8. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, θα πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Διατάσσει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου, ποσού εξακοσίων ευρώ (600,00€).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 02^α Ιουνίου 2023 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ