

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 7 Ιουλίου 2023 με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Μέλος- Εισηγήτρια, Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 29.05.2023 και υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 778/29.05.2023 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα «...» (εφ' εξής η «προσφεύγουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά : «...» (εφ' εξής η «αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης, υπ' αριθμό .../17.05.2023, απόφασης της 11ης Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας Αρχής, καθ' ο μέρος κρίθηκε ως τεχνικά μη αποδεκτή η τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας και αποφασίσθηκε η οριστική κατακύρωση στην εταιρεία «...» του τμήματος Α/Α ... του εν θέματι διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής προκύπτει, ότι καταβλήθηκε και δεσμεύθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 600,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών, με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2.Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή (α) έχει ασκηθεί εμπροθέσμως, καθ' όσον η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., στις 19.05.2023, η προσφυγή κατατέθηκε εμπρόθεσμα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 29.05.2023, ήτοι κατατέθηκε εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης, (β) ασκήθηκε με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017, (γ) έχει ασκηθεί μετ' εννόμου συμφέροντος, καθώς η προσφεύγουσα βάλλει κατά της απόρριψης της προσφοράς της για το επίδικο είδος, επιδιώκοντας ευλόγως να γίνει δεκτή η προσφορά της και ν' ανατεθεί στην ίδια (την προσφεύγουσα) η σύμβαση.

3.Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 της παρ. 1 του Ν. 4412/2016, κοινοποίησε, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., την προσφυγή στις 30.05.2023 στους συμμετέχοντες και θιγόμενους από τυχόν αποδοχή της, προκειμένου να λάβουν γνώση και ν' ασκήσουν ενδεχομένως το δικαίωμα παρέμβασής τους.

4. Επειδή η αναθέτουσα Αρχή υπέβαλε στις 15.06.2023 τις απόψεις της επί της κρινόμενης προσφυγής, οι οποίες όμως λόγω του εκπροθέσμου δεν λαμβάνονται υπ' όψη. Προς αντίκρουση των ως άνω απόψεων, η προσφεύγουσα υπέβαλε στις 20.06.2023, το υπόμνημά της, το οποίο όμως δεν λαμβάνεται υπ' όψη, δοθέντος ότι οι εκπρόθεσμες απόψεις της αναθέτουσας δεν λαμβάνονται υπ' όψη.

5. Επειδή, με την διακήρυξη, υπ' αριθμό .../2022, προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός, για την ...«...» (CPV: ...), με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής 129.032,26€ άνευ Φ.Π.Α , και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά μόνο βάσει της τιμής. Σύμφωνα με το Παράρτημα Ι, ΜΕΡΟΣ Β, της διακήρυξης (σελ. 53), «...Οι συμμετέχοντες στον διαγωνισμό υποψήφιοι προμηθευτές, μπορούν να υποβάλλουν προσφορά είτε για το σύνολο των ζητούμενων ειδών, είτε για ορισμένα μόνο από τα ζητούμενα είδη, και για το σύνολο της ζητούμενης ποσότητας». Η ως άνω διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό

Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 29.11.2022, με Α.Δ.Α.Μ ... , καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό ...

6.Επειδή, με την προσβαλλόμενη απόφαση, το επίδικο είδος του εν θέματι διαγωνισμού κατακυρώθηκε οριστικά στον οικονομικό φορέα «...», ενώ απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας αναφορικά με το επίδικο είδος. Κατά της ανωτέρω απόφασης, στρέφεται η προσφεύγουσα για τους λόγους, που αναφέρονται στην προσφυγή της.

7.Επειδή τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά την διάρκεια του διαγωνισμού είτε κατά την συνομολόγηση της σύμβασης, που καταρτίζεται μετά την διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη την σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000). Ως εκ τούτου, προσφορές, που δεν πληρούν τις οριζόμενες από την διακήρυξη απαιτήσεις, καθίστανται απορριπτέες, ακόμη και στις περιπτώσεις, που η διακήρυξη δεν αναφέρει ρητώς (κατά μείζονα δε λόγο, όταν ορίζει), ότι οι εν λόγω απαιτήσεις τάσσονται επί ποινή αποκλεισμού (ΕΑΣΤΕ 79/2009, 26/2007, Ελ. Συν. VI Τμήμα, 24995, 1949/2009). Το ίδιο ισχύει και για τις τεχνικές προδιαγραφές, οι οποίες προβλέπονται από την διακήρυξη. Τ' ανωτέρω προκύπτουν και εκ των αρχών της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλουν την εφαρμογή των κριτηρίων ανάθεσης και την κρίση επί των προδιαγραφών και προσκομιζομένων δικαιολογητικών, κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες, όχι μόνο κατά την υποβολή αλλά και κατά την αξιολόγηση των προσφορών.

8.Επειδή, στον όρο 2.4.3.2 της διακήρυξης, με τίτλο «Τεχνική Προσφορά», ορίζεται, ότι: *«Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο “Απαιτήσεις-Τεχνικές Προδιαγραφές” του Παραρτήματος II της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των*

προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα...».

9.Επειδή, στο Παράρτημα ΙΙ της διακήρυξης (σελ. 54), αναφορικά με το επίδικο είδος, με Α/Α ... «...», ορίζονται οι εξής τεχνικές προδιαγραφές: «1. Το σύστημα πρέπει να είναι κατάλληλο για λευκαφαίρεση μίας μονάδας ερυθρών ή ολικού αίματος. 2. Θα πρέπει να περιλαμβάνει ρύγχος σύνδεσης με τον ασκό του αίματος, προφίλτρο κατακράτησης μικροπηγγμάτων, σταγονομετρικό θάλαμο και ένα φίλτρο υψηλής απόδοσης. 3. Ο αριθμός των υπολειπόμενων λευκών να είναι μικρότερος από 1x10. Όλα τα επιμέρους τμήματα να είναι άρρηκτα συνδεδεμένα με το κυρίως φίλτρο. 4. Η ανάκτηση των ερυθρών να είναι > 90% και τα λευκαφαιρεμένα ερυθρά θα πρέπει να έχουν αιμοσφαιρίνη > 40g. «Με την συσκευή λευκαφαίρεσης και μετά το πέρας της λευκαφαίρεσης να επιτυγχάνεται το τέλειο άδειασμα του συστήματος, με την μέγιστη ανάκτηση του προς μετάγγιση παραγώγου και την ελάχιστη δυνατή απώλεια μεταγγιζόμενου προϊόντος». 5. Να είναι αποστειρωμένα με ακτινοβολία, απαλλαγμένα πυρετογόνων και έτοιμα για χρήση. 6. Να μην απαιτείται έκπλυση ή ενεργοποίηση των φίλτρων με φυσιολογικό ορό. 7. Να έχουν μονή συσκευασία με όλες τις απαραίτητες εγκρίσεις κυκλοφορίας, και ενδείξεις και η παρτίδα του υλικού να αναγράφεται στο σώμα του φίλτρου. 8. Τα υλικά κατασκευής να είναι απόλυτα βιοσυμβατά. 9. Να έχουν έγκριση κυκλοφορίας από τις αρχές της Ευρωπαϊκής Ένωσης (...) και η εταιρία κατασκευής να διαθέτει πιστοποιητικά ποιότητας ISO 9001:2000 και EN...:2003. 10. Η προσφορά να συνοδεύεται απαραίτητα από δείγματα. 11. Να συνοδεύονται από οδηγίες χρήσεως στα ελληνικά».

10. Επειδή, στον όρο 2.4.6 της διακήρυξης, με τίτλο «Λόγοι απόρριψης προσφορών», ορίζεται, ότι: «Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία αποκλίνει από απαραίτους όρους περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, ή δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται στην παρούσα και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς),

2.4.4. (Περιεχόμενο φακέλου οικονομικής προσφοράς, τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών), 2.4.5. (Χρόνος ισχύος προσφορών), 3.1. (Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών), 3.2 (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου) της παρούσας...».

11. Επειδή, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα επικαλείται: «Εσφαλμένη απόρριψη λόγω μη ύπαρξης σχετικού όρου στις προδιαγραφές της Διακήρυξης». Αναλυτικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι: «5) Αβάσιμα δεν κρίθηκε ως τεχνικά αποδεκτή η τεχνική προσφορά της Εταιρείας μας, για τον κάτωθι λόγο:6) Σύμφωνα με την απόφαση του ΔΣ του ... «Η ροή του φίλτρου ήταν πολύ αργή με αποτέλεσμα την μεγάλη καθυστέρηση στην μετάγγιση». 7) Ως προς τον ισχυρισμό αυτό της Προσβαλλομένης λεκτέα τα ακόλουθα: 8) Το ... δεν αποδεικνύει με κανέναν τρόπο ότι υπήρξε μεγάλη καθυστέρηση στην διαδικασία της μετάγγισης. Ειδικότερα, δεν αναφέρεται σε κανένα σημείο της Προσβαλλομένης ο χρόνος που χρειάστηκε για να πραγματοποιηθεί η μετάγγιση, ούτε όμως και ο τρόπος με τον οποίο χρησιμοποιήθηκε το υλικό που προσέφερε η Εταιρεία μας. 9) Πέραν τούτου, στις τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης [ΣΧΕΤ 1] δεν γίνεται αναφορά σε συγκεκριμένο χρονικό διάστημα, μέσα στο οποίο επιβάλλεται να πραγματοποιηθεί η μετάγγιση αίματος. Σύμφωνα, μάλιστα, με τα διεθνή πρωτόκολλα της αιμοδοσίας το χρονικό αυτό διάστημα είναι 4 (τέσσερις) ώρες, το οποίο η Εταιρεία μας καλύπτει. Δεδομένου, δηλαδή, ότι η μετάγγιση με το προϊόν της Εταιρείας μας δεν ξεπέρασε τις 4 ώρες και είναι εντός των ορίων που απαιτούνται από τα διεθνή πρωτόκολλα, δεν δύναται να χαρακτηριστεί η ροή του φίλτρου μας ως αργή. 10) Τα ανωτέρω επιρρωνύωνται και από τις πιστοποιήσεις CE και ISO [ΣΧΕΤ 5] που διέπουν την κατασκευή των προσφερόμενων από την Εταιρεία μας φίλτρων, τα οποία έχουν χρησιμοποιηθεί από μεγάλο αριθμό ... στην επικράτεια, χωρίς να έχει αναφερθεί ποτέ κάποιο πρόβλημα όσον αφορά την χρήση τους. Επιπροσθέτως, η ροή κάθε παρακλίνιας μετάγγισης ερυθρών εξαρτάται από περισσότερους παράγοντες, όπως για παράδειγμα από την ποιότητα και το εύρος της φλέβας, την κινητικότητα του ασθενή, καθώς επίσης και από το ίδιο το παράγωγο το οποίο διαδραματίζει καθοριστικό και καίριο ρόλο στην διαδικασία της ροής....».

12. Επειδή, αναφορικά με τον πρώτο λόγο της προσφυγής, λεκτέα τα κάτωθι. Κατά πρώτον, ο όρος 2.4.3.2 της διακήρυξης, ως προς τις τιθέμενες τεχνικές προδιαγραφές, παραπέμπει ρητώς στο Παράρτημα II της διακήρυξης. Κατά δεύτερον, στο Παράρτημα II της διακήρυξης (σελ. 54), αναφορικά με το επίδικο είδος, ορίζονται οι εξής τεχνικές προδιαγραφές: «1. Το σύστημα πρέπει να είναι κατάλληλο για λευκαφαίρεση μίας μονάδας ερυθρών ή ολικού αίματος. **2. Θα πρέπει να περιλαμβάνει ρύγχος σύνδεσης με τον ασκό του αίματος, προφίλτρο κατακράτησης μικροπηγγμάτων, σταγονομετρικό θάλαμο και ένα φίλτρο υψηλής απόδοσης.** 3. Ο αριθμός των υπολειπόμενων λευκών να είναι μικρότερος από 1×10^6 . Όλα τα επιμέρους τμήματα να είναι άρρηκτα συνδεδεμένα με το κυρίως φίλτρο. 4. Η ανάκτηση των ερυθρών να είναι $> 90\%$ και τα λευκαφαιρεμένα ερυθρά θα πρέπει να έχουν αιμοσφαιρίνη $> 40g$. «Με την συσκευή λευκαφαίρεσης και μετά το πέρας της λευκαφαίρεσης να επιτυγχάνεται το τέλειο άδειασμα του συστήματος, με την μέγιστη ανάκτηση του προς μετάγγιση παραγώγου και την ελάχιστη δυνατή απώλεια μεταγγιζόμενου προϊόντος». 5. Να είναι αποστειρωμένα με ακτινοβολία, απαλλαγμένα πυρετογόνων και έτοιμα για χρήση. 6. Να μην απαιτείται έκπλυση ή ενεργοποίηση των φίλτρων με φυσιολογικό ορό. 7. Να έχουν μονή συσκευασία με όλες τις απαραίτητες εγκρίσεις κυκλοφορίας, και ενδείξεις και η παρτίδα του υλικού να αναγράφεται στο σώμα του φίλτρου. 8. Τα υλικά κατασκευής να είναι απόλυτα βιοσυμβατά. 9. Να έχουν έγκριση κυκλοφορίας από τις αρχές της Ευρωπαϊκής Ένωσης (CE MARK) και η εταιρία κατασκευής να διαθέτει πιστοποιητικά ποιότητας ISO 9001:2000 και EN...:2003. **10. Η προσφορά να συνοδεύεται απαραίτητα από δείγματα.** 11. Να συνοδεύονται από οδηγίες χρήσεως στα ελληνικά». Κατά τρίτον, στο Παράρτημα I, ΜΕΡΟΣ Α, της διακήρυξης (σελ. 53) ορίζονται τα εξής: «...», με αρ. διακ .../2022 το οποίο θα χρησιμοποιηθεί για την κάλυψη αναγκών του Στο αντικείμενο του διαγωνισμού περιλαμβάνεται επίσης και κάθε άλλο υλικό, εργασία και υποχρέωση που περιγράφεται αναλυτικά στην διακήρυξη και τα παραρτήματά της. Τα ζητούμενα προμηθευόμενα είδη κατατάσσονται στους κωδικούς του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων CPV... ». Κατά τέταρτον, στην προσβαλλόμενη ως λόγος απόρριψης, μεταξύ άλλων, της προσφοράς της προσφεύγουσας αναφέρεται επί λέξει ότι: «Κατόπιν της εξέτασης των δειγμάτων παρατηρήθηκαν τα παρακάτω: Η ροή

του φίλτρου ήταν πολύ αργή με αποτέλεσμα την μεγάλη καθυστέρηση στην μετάγγιση». Ως προς τον συγκεκριμένο λόγο απόρριψης λεκτέα τα εξής: Κατ' αρχάς, οι ειδικότεροι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, ότι η πλήρωση των τεχνικών προδιαγραφών αποδεικνύεται από τις πιστοποιήσεις CE και ISO που διαθέτουν τα προσφερόμενα από αυτήν φίλτρα, είναι απορριπτέοι ως αλυσιτελείς. Τούτο, διότι, κατά την διακήρυξη, επιβάλλεται, η πλήρωση των τεχνικών προδιαγραφών να αποδεικνύεται και εκ των προσκομισθέντων δειγμάτων και όχι αποκλειστικά βάσει των πιστοποιήσεων ούτε μόνο βάσει των διαδικασιών ελέγχων και δοκιμών, που επιβάλλουν τα ανωτέρω πρότυπα (βλ ΑΕΠΠ 965/2023, 534/2021, 452/2021, ΣΤΕ ΕΑ 948/2006 σκ. 6 και 7). Περαιτέρω, ο έλεγχος της συμφωνίας της τεχνικής προσφοράς προς τους όρους της διακήρυξης, ως εκ του περιεχομένου του, είναι κατ' ανάγκη εμπειρικός και το πόρισμά του δεν χρήζει ειδικότερης αιτιολογίας (ΣΤΕ 245/2007 (...), σκ. 7), χωρίς όμως αυτό να σημαίνει, ότι δεν πρέπει να περιλαμβάνει νόμιμη και επαρκή αιτιολογία ως προς τα εμπειρικά δεδομένα. Εν προκειμένω, ούτε στους προπαρατεθέντες όρους της διακήρυξης ούτε σε κανένα άλλο σημείο της διακήρυξης ορίζεται συγκεκριμένος χρόνος μετάγγισης. Όμως, η εύλογη διάρκεια του χρόνου μετάγγισης μπορεί να «κριθεί» βάσει των διδαγμάτων της κοινής πείρας. Περαιτέρω, από πληροφορίες που είναι προσβάσιμες –ελεύθερα στον καθένα και άνευ άλλου τινός- στο διαδίκτυο, προκύπτει ότι ο εκτιμώμενος χρόνος μετάγγισης κυμαίνεται από μία έως τέσσερις ώρες. Στην προσβαλλόμενη αναφέρεται όλως αορίστως, ότι κατά τον έλεγχο των κατατεθειμένων από την προσφεύγουσα δειγμάτων, για το επίδικο είδος, διαπιστώθηκε, ότι η ροή του φίλτρου ήταν πολύ αργή, χωρίς αυτό να προσδιορίζεται και να βασίζεται σε συγκεκριμένα στοιχεία. Σημειωτέον, ότι ο χρόνος είναι ένα μετρήσιμο στοιχείο και συνεπώς στην προσβαλλόμενη ήταν δυνατόν, κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας και λογικής, να προσδιορισθεί και αριθμητικά και όχι μόνον εμπειρικά. Ούτως όμως, η προσβαλλόμενη δεν περιέχει κρίση επί των στοιχείων τεκμηρίωσης του προσφερόμενου από την προσφεύγουσα προϊόντος και επί των δεδομένων ελέγχου των κατατεθειμένων από την προσφεύγουσα δειγμάτων, στοιχειοθετούμενης έτσι παραβίασης των κανόνων, που διέπουν τις μεθόδους ελέγχου της τήρησης των τεχνικών προδιαγραφών. Εν όψει των ανωτέρω, με την προσβαλλόμενη δεν

αιτιολογείται νομίμως και επαρκώς, για ποιον λόγο το προσφερόμενο από την προσφεύγουσα προϊόν δεν ήταν το ζητούμενο από την διακήρυξη, κατ' αποδοχή των ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Συνεπώς, ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

13. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα επικαλείται: «Εσφαλμένη απόρριψη λόγω μη ύπαρξης σχετικού όρου στις προδιαγραφές της Διακήρυξης». Αναλυτικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, ότι: «11) Περαιτέρω, η Προσβαλλομένη ανέφερε ως λόγο μη αποδοχής της προσφοράς της Εταιρείας μας τα εξής: «Το μήκος του αυλού από το ρύγχος μέχρι το φίλτρο είναι πολύ μεγάλο με αποτέλεσμα το φίλτρο κατά την διαδικασία να είναι πιο χαμηλά και από το κρεβάτι του ασθενή κάτι το οποίο δυσκολεύει και καθυστερεί τη μετάγγιση. Επιπρόσθετα ο σταγονομετρικός θάλαμος είναι ακόμα πιο χαμηλά από το φίλτρο με αποτέλεσμα να δυσκολεύει τον χρήστη στην εξαγωγή του αέρα, κάτι το οποίο επίσης καθυστερεί την διαδικασία της μετάγγισης.» 12) Σχετικά με τους ισχυρισμούς της Αναθέτουσας Αρχής θα πρέπει να αναφερθούν τα εξής: 13) Σύμφωνα με τις προδιαγραφές της Διακήρυξης δεν αναφέρεται σε κανένα σημείο απαίτηση περί συγκεκριμένου μήκους ούτε της σωλήνωσης ούτε του αυλού του φίλτρου. Τα προσφερόμενα από την Εταιρεία μας φίλτρα ακολουθούν το σύνολο των διεθνών προτύπων κατασκευής όσον αφορά στον σχεδιασμό τους, και, εκτός αυτού, ουδέποτε έχει αναφερθεί κάποιο πρόβλημα σχετικά με το μήκος του αυλού. 14) Το γεγονός ότι, κατά τη διάρκεια της μετάγγισης, το φίλτρο και ο σταγονομετρικός θάλαμος βρίσκονταν σε ύψος χαμηλότερο από το επίπεδο της κλίνης αποδεικνύει ότι στην προκειμένη περίπτωση επρόκειτο περί λανθασμένης τοποθέτησης της βάσης στήριξης του ασκού υποδοχής του αίματος. 15) Εξάλλου, το μήκος του αυλού του φίλτρου μας, το οποίο κρίθηκε ως μεγάλο από την Αναθέτουσα Αρχή, είναι συνολικά περίπου εκατόν δέκα (110) εκατοστά (cm). Στο σύνολο των ... της χώρας, οι βάσεις στήριξης («στατώ») για την χορήγηση του αίματος, διαθέτουν μέγιστο ύψος διακόσια είκοσι (220) εκατοστά (cm), άρα δεν είναι αντικειμενικώς δυνατό το φίλτρο και ο σταγονομετρικός θάλαμος να βρίσκονται κάτω από το ύψος της κλίνης...».

14.Επειδή, αναφορικά με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, λεκτέα τα κάτωθι. Κατ' αρχάς, στην προσβαλλόμενη, ως λόγος απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας, αναφέρονται, μεταξύ άλλων, επί λέξει τα εξής: *«Κατόπιν της εξέτασης των δειγμάτων παρατηρήθηκαν τα παρακάτω:...Το μήκος του αυλού από το ρύγχος μέχρι το φίλτρο είναι πολύ μεγάλο με αποτέλεσμα το φίλτρο κατά την διαδικασία να είναι πιο χαμηλά και από το κρεβάτι του ασθενή κάτι το οποίο δυσκολεύει και καθυστερεί τη μετάγγιση. Επιπρόσθετα ο σταγονομετρικός θάλαμος είναι ακόμα πιο χαμηλά από το φίλτρο με αποτέλεσμα να δυσκολεύει τον χρήστη στην εξαγωγή του αέρα, κάτι το οποίο επίσης καθυστερεί την διαδικασία της μετάγγισης.»*. Κατά δεύτερον, όπως προεκτέθηκε στην σκέψη 12, σε κανένα άλλο σημείο της διακήρυξης δεν ορίζεται συγκεκριμένος χρόνος μετάγγισης. Κατά τρίτον, στο Παράρτημα ΙΙ της διακήρυξης (σελ. 54), αναφορικά με το επίδικο είδος, και δη ως προς το ρύγχος σύνδεσης, ορίζεται, ότι: *«2. Θα πρέπει να περιλαμβάνει ρύγχος σύνδεσης με τον ασκό του αίματος, προφίλτρο κατακράτησης μικροπηγμάτων, σταγονομετρικό θάλαμο και ένα φίλτρο υψηλής απόδοσης»*. Κατά τέταρτον, σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές του επίδικου είδους, όπως προπαρατέθηκαν στην σκέψη 12, δεν υπάρχει απαίτηση περί συγκεκριμένου μήκους ούτε της σωλήνωσης ούτε του αυλού του φίλτρου. Εν προκειμένω, η αιτιολογία της προσβαλλόμενης, ως προς το ότι υπάρχει καθυστέρηση της μετάγγισης παρίσταται μη νόμιμη και μη επαρκής, καθώς δεν βασίζεται σε συγκεκριμένα εμπειρικά στοιχεία, τα οποία ήταν εν προκειμένω μετρήσιμα, ως εκτέθηκε στην σκέψη 12. Ούτως όμως, η προσβαλλόμενη δεν περιέχει κρίση επί των στοιχείων τεκμηρίωσης του προσφερόμενου από την προσφεύγουσα προϊόντος και επί των δεδομένων ελέγχου των κατατεθειμένων από την προσφεύγουσα δειγμάτων, στοιχειοθετούμενης έτσι παραβίασης των κανόνων, που διέπουν τις μεθόδους ελέγχου της τήρησης των τεχνικών προδιαγραφών. Εν όψει όλων αυτών, ο δεύτερος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

15.Επειδή, με τον τρίτο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα επικαλείται *«Παραβίαση αρχών ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας»*. Αναλυτικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, ότι: *«17) Εν συνεχεία, η Προσβαλλομένη συμπεριέλαβε στην αιτιολογία της απόφασής της περί*

απόρριψης της προσφοράς μας, την εξής παραδοχή: 18) «Τέλος, μετά το πέρας της διαδικασίας της λευκαφαίρεσης παρατηρήθηκε ότι δεν είχε επιτευχθεί το τέλειο άδειασμα του συστήματος, κάτι το οποίο είναι απαραίτητο για την μέγιστη ανάκτηση του προς μετάγγιση παραγώγου και κατά προέκταση την ελάχιστη δυνατή απώλεια του μεταγγιζόμενου προϊόντος, ώστε να μειώνεται ο αριθμός των μεταγγίσεων (πολύ σημαντικό ιδιαίτερα στους πολυμεταγγιζόμενους). 19) Όπως και οι προηγούμενοι ισχυρισμοί της προσβαλλομένης, έτσι και ο προκείμενος τυγχάνει απορριπτέος για τους εξής λόγους: 20) Σύμφωνα με την προδιαγραφή 4 του κεφαλαίου 2 του Παραρτήματος II (Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων) της Διακήρυξης **[ΣΧΕΤ 1]**, «Η ανάκτηση των ερυθρών να είναι > 90% και τα λευκαφαιρεμένα ερυθρά θα πρέπει να έχουν αιμοσφαιρίνη >40g. Με την συσκευή λευκαφαίρεσης και μετά το πέρας της λευκαφαίρεσης να επιτυγχάνεται το τέλειο άδειασμα του συστήματος, με την μέγιστη ανάκτηση του προς μετάγγιση παραγώγου και την ελάχιστη δυνατή απώλεια μεταγγιζόμενου προϊόντος». 21) Στο Φύλλο Συμμόρφωσης **[ΣΧΕΤ 3]** που καταθέσαμε με την προσφορά μας, και συγκεκριμένα στις παραπομπές «**Προσπέκτους-Οδηγίες χρήσης**» σελ. 2 παραπομπές 4 & 4α, και «**Μελέτες...**» σελ. 5 παραπομπή 4 **[ΣΧΕΤ 4 – ΣΧΕΤ 6]**, καθώς επίσης και από τα επίσημα έγγραφα του κατασκευαστικού οίκου, αποδεικνύεται ότι η Εταιρεία μας υπερκαλύπτει την ζητούμενη προδιαγραφή... 25) Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι η Εταιρεία μας προσέφερε προϊόν που συμμορφωνόταν με τις τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης. Η Αναθέτουσα Αρχή, όμως, απέρριψε το προσφερόμενο από την Εταιρεία μας προϊόν, καθώς, σύμφωνα με την ίδια, «δεν είχε επιτευχθεί το τέλειο άδειασμα του συστήματος». Από την λακωνική αυτή αιτιολογία προκύπτει ότι ο προκείμενος έλεγχος έλαβε χώρα κεκλεισμένων των θυρών, που συνεπάγεται ότι η Εταιρεία μας δεν δύναται να διακριβώσει την εγκυρότητα και βασιμότητα των ισχυρισμών της Αναθέτουσας Αρχής. Δεδομένου, λοιπόν, ότι η Αναθέτουσα Αρχή έκρινε ότι το προσφερόμενο προϊόν δεν πληροί της προδιαγραφές της Διακήρυξης και ότι από τα προσκομισθέντα έγγραφα πιστοποιείται ότι το προϊόν μας «επιτρέπει τη βέλτιστη αποστράγγιση του φίλτρου μετά από μετάγγιση», η Αναθέτουσα Αρχή όφειλε να μας καλέσει προκειμένου να παρέχουμε διευκρινίσεις βάσει του άρθρου 102 Ν. 4412/2016, προκειμένου και εμείς με τη σειρά μας να διακριβώσουμε εάν πρόκειται περί

εσφαλμένου ελέγχου ή ελαττωματικού προϊόντος, οπότε θα έπρεπε πιθανώς να κινηθούμε ενάντια στον προμηθευτή μας λόγω αναλήθειας του φυλλαδίου του σχετικού προϊόντος. Επειδή, λοιπόν, η Αναθέτουσα Αρχή δεν απηύθυνε κλήση για διευκρινίσεις προς την Εταιρεία μας, φαίνεται να παραβιάζει τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας εις βάρος της τελευταίας. 26) Εξάλλου, το ... (εφόσον πραγματοποιήθηκε ποιοτικός έλεγχος από αυτό) δεν αναφέρει σε κανένα σημείο τον αρχικό όγκο του ασκού ερυθρών που χορηγήθηκε, το βάρος του φίλτρου πριν και μετά τη χορήγηση, καθώς και τον υπολειπόμενο όγκο ερυθρών που απέμεινε στο φίλτρο μετά το πέρας της διαδικασίας.».

16. Επειδή, αναφορικά με τον τρίτο λόγο της προσφυγής, λεκτέα τα εξής: Κατά πρώτον, η προσβαλλόμενη, ως λόγο απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας, αναφέρει μεταξύ άλλων, και τα εξής: **«Κατόπιν της εξέτασης των δειγμάτων παρατηρήθηκαν τα παρακάτω:...Τέλος, μετά το πέρας της διαδικασίας της λευκαφαίρεσης παρατηρήθηκε ότι δεν είχε επιτευχθεί το τέλειο άδειασμα του συστήματος, κάτι το οποίο είναι απαραίτητο για την μέγιστη ανάκτηση του προς μετάγγιση παραγώγου και κατά προέκταση την ελάχιστη δυνατή απώλεια του μεταγγιζόμενου προϊόντος, ώστε να μειώνεται ο αριθμός των μεταγγίσεων (πολύ σημαντικό ιδιαίτερα στους πολυμεταγγιζόμενους)».** Κατά δεύτερον, για το επίδικο είδος ορίζονται, μεταξύ άλλων, και οι εξής τεχνικές προδιαγραφές: **«Η ανάκτηση των ερυθρών να είναι > 90% και τα λευκαφαιρεμένα ερυθρά θα πρέπει να έχουν αιμοσφαιρίνη >40g. Με την συσκευή λευκαφαίρεσης και μετά το πέρας της λευκαφαίρεσης να επιτυγχάνεται το τέλειο άδειασμα του συστήματος, με την μέγιστη ανάκτηση του προς μετάγγιση παραγώγου και την ελάχιστη δυνατή απώλεια μεταγγιζόμενου προϊόντος».** Κατ' αρχάς, από τις ανωτέρω τεχνικές προδιαγραφές συνάγεται, ότι η ανάκτηση των ερυθρών συνδέεται με την ποσότητα του μεταγγιζόμενου αίματος (**« με την μέγιστη ανάκτηση του προς μετάγγιση παραγώγου και την ελάχιστη δυνατή απώλεια μεταγγιζόμενου προϊόντος»**), μετά το πέρας της λευκαφαίρεσης. Περαιτέρω, οι ειδικότεροι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, ότι η πλήρωση των τεχνικών προδιαγραφών αποδεικνύεται από το τεχνικό φυλλάδιο (prospectus) των προσφερόμενων από αυτήν φίλτρων, είναι

απορριπτέοι ως αλυσιτελείς. Τούτο, διότι, κατά την διακήρυξη, επιβάλλεται, η πλήρωση των τεχνικών προδιαγραφών ν' αποδεικνύεται και εκ των προσκομισθέντων δειγμάτων και όχι αποκλειστικά βάσει των τεχνικών φυλλαδίων ή πιστοποιήσεων ούτε μόνο βάσει των διαδικασιών ελέγχων και δοκιμών, που επιβάλλουν τα ανωτέρω πρότυπα (πρβλ. ΑΕΠΠ 965/2023, 534/2021, 452/2021, ΣΤΕ ΕΑ 948/2006 σκ. 6 και 7). Περαιτέρω, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί εφαρμογής του άρθρου 102 είναι απορριπτέοι. Τούτο, διότι το άρθρο 102 του ν. 4412/2016 τυγχάνει εφαρμογής σε έγγραφα και πιστοποιητικά της διαδικασίας του διαγωνισμού που παρουσιάζουν τυχόν επουσιώδεις και αναπληρώσιμες ελλείψεις και όχι στα δείγματα, όταν η υποβολή αυτών προβλέπεται από την διακήρυξη, χωρίς να τίθεται ζήτημα ανάλογης εφαρμογής. (Δ. Εφ.Αθ. 170/2021, σκ. 6). Έτι περαιτέρω, ο έλεγχος της συμφωνίας της τεχνικής προσφοράς προς τους όρους της διακήρυξης, ως εκ του περιεχομένου του, είναι κατ' ανάγκην εμπειρικός και το πόρισμά του δεν χρήζει ειδικότερης αιτιολογίας (ΣΤΕ 245/2007 (ΑΣΦ), σκ. 7), χωρίς όμως αυτό να σημαίνει, ότι δεν πρέπει να περιλαμβάνει νόμιμη και επαρκή αιτιολογία ως προς τα εμπειρικά δεδομένα. Εν προκειμένω, η προσβαλλόμενη αφ' ενός αναφέρει, ότι παρατηρήθηκε ότι δεν είχε επιτευχθεί το τέλειο άδειασμα του συστήματος, με αποτέλεσμα να μην επιτυγχάνεται η ελάχιστη δυνατή απώλεια του μεταγγιζόμενου προϊόντος, όμως, αφ' ετέρου η προσβαλλόμενη ουδεμία μνεία κάνει ως προς το πόσα από τα ml του αρχικού όγκου των ερυθρών, που χρησιμοποιήθηκαν, κατακρατήθηκαν στο σύστημα και σε τί ποσοστό τοις εκατό ανακτήθηκαν, δεδομένου ότι οι τιθέμενες τεχνικές προδιαγραφές απαιτούν *«Η ανάκτηση των ερυθρών να είναι > 90% και τα λευκαφαιρεμένα ερυθρά θα πρέπει να έχουν αιμοσφαιρίνη >40g.»*. Άλλωστε, τα τελευταία αυτά στοιχεία ήταν μετρήσιμα και συνεπώς στην προσβαλλόμενη ήταν δυνατόν να προσδιορισθούν αριθμητικά, κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας και λογικής. Ούτως όμως, η προσβαλλόμενη δεν περιέχει κρίση επί των στοιχείων τεκμηρίωσης του προσφερόμενου από την προσφεύγουσα προϊόντος και επί των δεδομένων ελέγχου των κατατεθειμένων από την προσφεύγουσα δειγμάτων, στοιχειοθετούμενης έτσι παραβίασης των κανόνων, που διέπουν τις μεθόδους ελέγχου της τήρησης των τεχνικών προδιαγραφών. Εν όψει όλων αυτών, ο τρίτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

Αριθμός Απόφασης: 1133/2023

17.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει η προδικαστική προσφυγή να γίνει δεκτή, ν' ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, καθ' ο μέρος κρίθηκε ως τεχνικά μη αποδεκτή η τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας και αποφασίσθηκε η οριστική κατακύρωση στην εταιρεία «...» του τμήματος Α/Α 2 του εν θέματι διαγωνισμού

18. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί στην προσφεύγουσα το κατατεθέν παράβολο, κατά τις διατάξεις των άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 7 Ιουλίου 2023 και εκδόθηκε στις 27 Ιουλίου 2023 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ