

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 14 Μαΐου 2021 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αψοκάρδου Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Μαργαρίτα Κανάβα και Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή Μέλη (δυνάμει της υπ' αριθμ. 1207/2021 Πράξη της Προέδρου του 6ου Κλιμακίου).

Για να εξετάσει την από 6.04.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 725/06-04-2021 της εταιρείας με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στη ..., ... χλμ. ..., κτίριο ...

Κατά του ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και

Με την προδικαστική προσφυγή της η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενοι όροι της υπ' αριθμ. ...διακήρυξης ως προς τα τμήματα Β και Γ της ένδικης διαγωνιστικής διαδικασίας.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ειρήνη Αψοκάρδου

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 2.541 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., το από 6.04.2021 μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων Δημόσιας Διοίκησης για την πληρωμή του και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο») το οποίο υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της εκτιμώμενης αξίας των Τμημάτων Β και Γ , της σύμβασης για τα οποία ασκείται η

Αριθμός απόφασης:1018 /2021

προδικαστική προσφυγή, ήτοι 508.185,50 ευρώ πλέον ΦΠΑ (326.812+181.373,50).

2. Επειδή με την υπ' αριθμ. πρωτ. ...Διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε τακτικό ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων για τη σύναψη σύμβασης προμήθειας «ΑΝΤΙΔΡΑΣΤΗΡΙΩΝ ΚΑΙ ΣΚΙΑΓΡΑΦΙΚΩΝ ΟΥΣΙΩΝ» (CPV ...) (ΜΕ ΣΥΝΟΔΟ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟ) για χρονικό διάστημα δύο (2) ετών, προϋπολογισθείσας δαπάνης 1.198.000,00€ συμπ/νου Φ.Π.Α. με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει τιμής.

3. Επειδή, η προκήρυξη της ως άνω σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 9.03.2021 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, το δε πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ στις 12.03.2021 με Α.Δ.Α.Μ. ...καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε αύξοντα αριθμό

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

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 6.04.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 12.03.2021 και η προσφεύγουσα, τεκμαίρεται ότι έλαβε γνώση στις 27-03-2021 β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα 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 η προσφεύγουσα έχει, κατ'αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής, ως ενδεχόμενα βλαπτόμενη, δεδομένου ότι στρέφεται κατά όρων της διακήρυξης ο οποίος, κατά τους ισχυρισμούς της, προσκρούει στο ενωσιακό δίκαιο και στον νόμο και καθιστά αδύνατη τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό στον οποίο επιθυμεί να συμμετάσχει ή τη

Αριθμός απόφασης:1018 /2021

δυσχεραίνει ουσιωδώς, καθώς δηλώνει ότι: «[...] Η εταιρία μας, διανομέας του παγκοσμίου φήμης κατασκευαστικού οίκου ..., επιθυμεί να συμμετάσχει στα άνω τμήματα της ένδικης διαγωνιστικής διαδικασίας.

Η αναθέτουσα αρχή μη νόμιμα και ακυρωτέα δημοσίευσε την προσβαλλόμενη διακήρυξη στην οποία εντοπίζονται μη νόμιμοι, ασαφείς όροι, όπως επίσης και φωτογραφικοί όροι, οι οποίοι προκρίνουν τη συμμετοχή συγκεκριμένου οικονομικού φορέα, στοιχείο το οποίο έρχεται σε πλήρη αντίθεση με την αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων, οι οποίες θα πρέπει να διέπουν την εκάστοτε διαγωνιστική διαδικασία.

Συνεπώς, συντρέχει στο πρόσωπο της εταιρία μας το απαιτούμενο έννομο συμφέρον και δια της παρούσης προσφυγής προσβάλλουμε την ένδικη διακήρυξη για τους ακόλουθους παραδεκτούς, νόμιμους και βάσιμους λόγους [...]».

7. Επειδή στις 7.04.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη, από το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017, κοινοποίηση της υπό κρίση προσφυγής σε όλους τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

8. Επειδή με την υπ' αριθμ. 854/2021 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ στις 9.04.2021 μέσω της επικοινωνίας του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού τις απόψεις της επί της προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στην προσφεύγουσα αυθημερόν.

10. 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.

11. Επειδή η προσφεύγουσα ισχυρίζεται τα ακόλουθα : « [...] 11.2. Υπαγωγή - Τμήμα Β'

Α' Σκέλος

Στο Τμήμα Β' της ένδικης διακήρυξης ζητείται η προμήθεια αντιδραστηρίων με την παραχώρηση συνοδού εξοπλισμού για τη διενέργεια

Αριθμός απόφασης:1018 /2021

των ακόλουθων επτά, περιοριστικά αναφερόμενων, εξετάσεων (σελ. 35-36):[...] Στις τεχνικές προδιαγραφές του ζητούμενου αυτόματου αναλυτή για τη διενέργεια των άνω επτά (7) εξετάσεων, εντούτοις, περιλαμβάνονται και άλλες εξετάσεις, πέραν των ως άνω ζητούμενων προς διενέργεια (σελ. 40-41), οι οποίες δεν αποτελούν αντικείμενο της ένδικης διαδικασίας ανάθεσης [...]Με απλά λόγια, ενώ δια της ένδικης διαδικασίας ανάθεσης ζητείται η προμήθεια των απαιτούμενων για τη διενέργεια των εξετάσεων Α και Β, δια των τεχνικών προδιαγραφών ζητείται η παραχώρηση αυτόματου αναλυτή, ο οποίος να δύναται να διενεργήσει τις εξετάσεις αυτές (Α και Β) αλλά να μπορεί να διενεργήσει λ.χ και τις εξετάσεις Γ και Δ! Σημειωτέον, ότι η δυνατότητα διενέργειας των εξετάσεων Γ και Δ ουδεμία επίδραση έχει με τη διενέργεια των (πράγματι ζητούμενων) εξετάσεων Α και Β. Πρόκειται για εντελώς διαφορετικές εξετάσεις.

Ειδικότερα, η υπ' αριθμ. 2 τεχνική προδιαγραφή του Τμήματος Β', καθ' ο μέρος με αυτήν ζητείται η δυνατότητα του προσφερόμενου αυτόματου αναλυτή να διενεργεί εξετάσεις πέραν των ζητούμενων, και δη παράγοντες πήξης (II, V, VII, VIII, VIIIchr, IX, X, XI, XII, XIII), α2- αντιπλασμίνη, Πλασμινολόγο, Πρωτεΐνη C, Πρωτεΐνη S, Αντιθρομβίνη III, APC-FVL και screening, Θρομβίνη, Αναστολέας ενεργοποιητή πλασμινολόγου (P.A.I), Ρεππιλάση, CI - Inhibitor, Von Willebrand Factor (Ristocetin Cofactor), Von WillebrandAg, είναι μη νόμιμη και άρα ακυρωτέα, διότι δεν συνδέεται στενά με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, δεν είναι δεκτική αντικειμενικής και συγκεκριμένης αιτιολόγησης και δεν εξασφαλίζει ισότιμη πρόσβαση στους ενδιαφερομένους, συνεπαγόμενη αδικαιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη του ανταγωνισμού.

Επιπρόσθετα, η άνω τεχνική προδιαγραφή τυγχάνει μη νόμιμη και ακυρωτέα, διότι φωτογραφίζει συγκεκριμένο αναλυτή της εταιρίας ..., ήτοι το μοντέλο Αναλυτικότερα, όπως προκύπτει από το συνημμένο στην παρούσα τεχνικό φυλλάδιο του εν λόγω αναλυτή, μόνον αυτός δύναται να διενεργεί ορισμένες από τις εν λόγω (πρόσθετες) εξετάσεις [συνδυαστικά με τις ήδη ζητούμενες], και δη τις εξετάσεις αναστολέα ενεργοποιητή πλασμινολόγου (P.A.I) και CI - Inhibitor (οι οποίες, επαναλαμβάνουμε, σε κάθε περίπτωση δεν ζητούνται στην προκειμένη διαδικασία)!

Αριθμός απόφασης:1018 /2021

Στο ακόλουθο απόσπασμα, με κίτρινο χρώμα επισημαίνονται οι ζητούμενες από τη διακήρυξη εξετάσεις, ενώ με πορτοκαλί χρώμα επισημαίνονται οι εξετάσεις, η διενέργεια των οποίων δεν ζητείται από την αναθέτουσα αρχή, έχουν τεθεί, ωστόσο, φωτογραφικά ως μέρος της άνω μη νόμιμης και ακυρωτέας υπ' αριθμ. 2 τεχνικής προδιαγραφής του ζητούμενου προς παραχώρηση αυτόματου αναλυτή, θέτονταν με τον τρόπο αυτό αθέμιτα και αδικαιολόγητα φραγμούς στη δημιουργία συνθηκών ανταγωνισμού:[...] Τουναντίον, όπως προκύπτει από το συνημμένο στην παρούσα τεχνικό φυλλάδιο του μοντέλου ..., του κατασκευαστικού οίκου ...(του ομίλου ...), το οποίο επιθυμεί να προσφέρει η εταιρία μας, αυτός δύναται αποτελεσματικά να διενεργήσει τις άνω επτά (7) ζητούμενες δια της ένδικης διακήρυξης εξετάσεις (επισημαίνονται με κίτρινο χρώμα):[...] Συμπερασματικά, λοιπόν, μολονότι η εταιρία μας επιθυμεί να προσφέρει έναν αναλυτή, ο οποίος δύναται να διενεργήσει τις ζητούμενες από την προσβαλλόμενη διακήρυξη επτά (7) περιοριστικά αναφερόμενες εξετάσεις, δεν μπορεί να πράξει τούτο, λόγω των αθέμιτων και αδικαιολόγητων φραγμών που θέτει η μη νόμιμη και για το λόγο αυτό ακυρωτέα υπ' αριθμ. 2 τεχνική προδιαγραφή, δυνάμει της οποίας ζητείται ο προσφερόμενος αναλυτής να διενεργεί και ορισμένες πρόσθετες (πλέον δηλ. των ζητούμενων, που αποτελούν το αντικείμενο της ανάθεσης) εξετάσεις, συνδυασμός (δηλ. ζητούμενων και επιπρόσθετων εξετάσεων) που απαντά μόνο στο άνω ρητά αναφερόμενο μοντέλο αναλυτή της εταιρίας Πρόκειται, με άλλα λόγια, για μη νόμιμο φωτογραφικό όρο, άλλως για κακή χρήση της διακριτικής ευχέρειας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής κατά τη διατύπωση της προσβαλλόμενης τεχνικής προδιαγραφής, καθόσον, όπως προεκτέθηκε, ο αυτόματος αναλυτής που επιθυμούμε να προσφέρουμε διενεργεί ακριβώς τις ζητούμενες επτά (7) εξετάσεις, που αποτελούν αντικείμενο της διαδικασίας ανάθεσης.

B' Σκέλος

Στην υπ' αριθμ. 20 τεχνική προδιαγραφή του Τμήματος B' (σελ. 42) ζητείται: «Ο αναλυτής να μπορεί να ανιχνεύει και να αντιμετωπίζει επιτυχώς την παρουσία παρεμβολών (χολερυθρίνης, αιμοσφαιρίνης και λιπιδίων στο πλάσμα), με επαναμέτρηση σε διαφορετικό μήκος κύματος ώστε να εξασφαλίζεται η αξιοπιστία των αποτελεσμάτων». Ο ρητά διατυπωμένος σκοπός της άνω τεχνικής προδιαγραφής συνίσταται στην επιτυχή ανίχνευσή

Αριθμός απόφασης:1018 /2021

και αντιμετώπιση των άνω παρεμβολών, ώστε να εξασφαλίζεται η αξιοπιστία των αποτελεσμάτων. Τούτο ζητείται να γίνεται με τη μέθοδο της επαναμέτρησης σε διαφορετικό μήκος κύματος.

Η άνω τεχνική προδιαγραφή τυγχάνει μη νόμιμη και ακυρωτέα, διότι φωτογραφίζει συγκεκριμένο αναλυτή της εταιρίας ..., ήτοι το μοντέλο Αναλυτικότερα, όπως προκύπτει από το συνημμένο στην παρούσα εγχειρίδιο χρήσης του εν λόγω αναλυτή (Σελ. 8-19, παρ. 8.3.2.2), μόνον αυτός προβαίνει στη ζητούμενη επιβεβαιωτική της αξιοπιστίας των αποτελεσμάτων λειτουργία με τη μέθοδο της επαναμέτρησης:[...] Εντούτοις, το ίδιο επιδιωκόμενο αποτέλεσμα. ήτοι η εξασφάλιση της αξιοπιστίας των αποτελεσμάτων δια της επιτυχούς ανίχνευσης και αντιμετώπισης των άνω παρεμβολών (χολερυθρίνης, αιμοσφαιρίνης και λιπιδίων στο πλάσμα) επιτυγχάνεται και στον άνω αναλυτή που επιθυμεί να προσφέρει η εταιρία μας, δια απολύτως ισοδύναμης μεθόδου, όπως ευθέως προκύπτει από τις σελ. 44 και 158 του συνημμένου στην παρούσα εγχειρίδιου χρήσης του:[.....] Συνεπώς, εν όψει του αποδεδειγμένου γεγονότος ότι ο αναλυτής που επιθυμεί να προσφέρει η εταιρία μας ανιχνεύει τυχόν παρεμποδιστικές ουσίες, που υπερβαίνουν τα επιτρεπτές οριακές τιμές λιπαιμίας, χορερυθρίνης και αιμοσφαιρίνης πριν ξεκινήσει την αναλυτική εξέταση, με μέτρηση σε διαφορετικό μήκος κύματος - 535nm- στην ίδια κυβέτα και χωρίς επαναμέτρηση, συνεπάγεται την επίτευξη του επιδιωκόμενου με την προσβαλλόμενη (φωτογραφική) προδιαγραφή με απολύτως ισοδύναμο τρόπο. Πρόκειται, δηλ. για μη νόμιμο φωτογραφικό όρο, άλλως για κακή χρήση της διακριτικής ευχέρειας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής κατά τη διατύπωση της προσβαλλόμενης υπ' αριθμ. 20 τεχνικής προδιαγραφής, καθόσον ο αναλυτής που επιθυμούμε να προσφέρουμε επιτυγχάνει το ίδιο ακριβώς επιδιωκόμενο αποτέλεσμα, χρησιμοποιώντας απολύτως ισοδύναμη μέθοδο (υπερκαλύπτοντας κατ' ουσίαν το ζητούμενο).

II.2. Υπαγωγή - Τμήμα Γ

Στο Τμήμα Β' της ένδικης διακήρυξης ζητείται η προμήθεια αντιδραστηρίων με την παραχώρηση συνοδού εξοπλισμού για τη διενέργεια των ακόλουθων είκοσι επτά (27) περιοριστικά αναφερόμενων εξετάσεων (σελ. 36-37):[.....] Στην υπ' αριθμ. 21 τεχνική προδιαγραφή του ζητούμενου προς παραχώρηση αναλυτή, αναφέρεται το εξής: «...Να εκτελεί απαραίτητα τις εξετάσεις με A/A.1 έως 33 του πίνακα 1. Οι εξετάσεις με A/A .34 έως 45

Αριθμός απόφασης:1018 /2021

(πίνακας 1.) χαρακτηρίζονται ως προαιρετικές και θα εκτιμηθεί η δυνατότητα εκτελέσεώς τους...» (σελ. 43).

Παρατίθεται, ακολούθως, αυτούσιος ο πίνακας 1 (όπως αυτός περιλαμβάνεται στη σελ. 44 της διακήρυξης): [...]Συνοψίζοντας όλα τα ανωτέρω, στις σελ. 36-37 της διακήρυξης περιγράφονται 27 εξετάσεις. στη σελ. 44 της διακήρυξης περιγράφονται 31 εξετάσεις και στη σελ. 43 της διακήρυξης περιγράφεται ως τεχνική προδιαγραφή ότι ο αναλυτής θα πρέπει να διενεργεί υποχρεωτικά τις υπ' αριθμ. 1-33 εξετάσεις και προαιρετικά τις υπ' αριθμ. 34-45 εξετάσεις.

Καθίσταται πλέον από πρόδηλο, ότι οι άνω όροι της διακήρυξης είναι απολύτως ασαφείς ΚΟΛ αντιφατικοί μεταξύ τους, διότι αλλού αναφέρονται 27 ζητούμενες εξετάσεις, αλλού 31 ζητούμενες εξετάσεις, αλλού τίθεται επί ποινή αποκλεισμού η διενέργεια 33 ζητούμενων εξετάσεων, εμποδίζοντας, κατά τον τρόπο αυτόν, την εταιρία μας να προσφέρει τον αναλυτή ..., του κατασκευαστικού οίκου ...(του ομίλου ...), ο οποίος διενεργεί τις εν λόγω εξετάσεις. Επιπρόσθετα, η αναφορά περί συνεκτίμησης της προαιρετικής διενέργειας των (άγνωστων) υπ' αριθμ. 34-45 εξετάσεων είναι μη νόμιμη, καθόσον κριτήριο κατακύρωσης του αποτελέσματος αποτελεί η συμφερότερη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής, ήτοι μη υπάρχοντος σταδίου βαθμολόγησης της τεχνικής προσφοράς, κατά το στάδιο αξιολόγησής της.

Συνεπώς, θα πρέπει οι άνω μη νόμιμοι, ασαφείς και αντιφατικοί όροι να ακυρωθούν, διότι δημιουργούν συνθήκες στρέβλωσης του υγιούς ανταγωνισμού [...].»

12. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της ισχυρίζεται ότι : «[...]3) Η αιτούσα εταιρεία βάλλει κατά της προδιαγραφής που περιγράφεται στο Τμήμα Β' για την προμήθεια «ΑΝΤΙΔΡΑΣΤΗΡΙΩΝ ΠΗΞΗΣ ΜΕ ΣΥΝΟΔΟ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟ», το πρώτον σήμερα, παρά το γεγονός ότι διετέθη επαρκής χρόνος στους οικονομικούς φορείς με την ανάρτηση των όρων της διακήρυξης και τη διαδικασία της διαβούλευσης η οποία εκκίνησε την 10η Ιουλίου του 2019 και ολοκληρώθηκε την 17η Οκτωβρίου του 2019 με την υπ'αριθμ. ...(ΑΔΑ ...) απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου με την οποία εγκρίθηκαν οι εν λόγω τεχνικές προδιαγραφές, ουδεμία παρατήρηση υπήρξε από μέρους της προσφεύγουσας, αν και διενεργήθηκαν 3 διαβουλεύσεις που αναρτήθηκαν στην πλατφόρμα ΚΗΜΔΗΣ.

Αριθμός απόφασης:1018 /2021

4) Προδήλως, αβασίμως βάλλει κατά της υπ'αριθμ. 2 προδιαγραφής του τμήματος Β' με την επαίσχυντη δικαιολογία της φωτογραφικής προδιαγραφής, δηλονότι η μνεία της εν λόγω προδιαγραφής συνδέεται με τη χρονική διάρκεια της διαγωνιστικής διαδικασίας των δύο ετών, ώστε να παρέχεται ασφάλεια για την απρόσκοπτη λειτουργία του τμήματος και του νοσοκομείου εν γένει και την αποφυγή κινδύνου αλλαγής τύπου αναλυτή, γεγονός που συνεπάγεται δυσλειτουργία του εργαστηρίου, οικονομική επιβάρυνση και ενδεχόμενο να διπλασιαστεί το κόστος όπως και ανάλυση ανθρωποωρών για την κατάλληλη εκπαίδευση του προσωπικού στο νέο αναλυτή. Το Νοσοκομείο κατά την απόλυτη διακριτική του ευχέρεια, διασφαλίζει την κάλυψη όχι μόνο των υφιστάμενων αλλά και των μελλοντικών αλλαγών που αφορά η εν λόγω προμήθεια και στο πλαίσιο αυτό, ενεργώντας προληπτικώς και προς όφελος των ασθενών έθεσε τη συγκεκριμένη υπ'αριθμ. 2 τεχνική προδιαγραφή προσβλέποντας στην έγκαιρη και αποτελεσματική αντιμετώπιση σύγχρονων και μελλοντικών αλλαγών, είναι δε αξιοσημείωτη και πάντως κατακριτέα η στάση της προσφεύγουσας η οποία επικεντρώνει τις αντιρρήσεις επιλεκτικά σε συγκεκριμένες εξετάσεις (οράτε σελ*. 11), ενώ για τις λοιπές εξετάσεις που η ίδια καλύπτει και δεν περιλαμβάνονται στο σώμα των επτά αναφερόμενων, ουδεμία μνεία γίνεται. Δεν πρόκειται συνεπώς για πρόκληση αθέμιτου ανταγωνισμού και τα αντιθέτως προβαλλόμενα είναι προδήλως αβάσιμα,

5) Καθόσον αφορά τον προβαλλόμενο λόγο προσφυγής κατά της υπ'αριθμ. 20 προδιαγραφής του τμήματος Β', αυτός τυγχάνει απορριπτέος ως ερειδόμενος επί εσφαλμένης προϋποθέσεως, ότι δηλαδή και ο προσφερόμενος αναλυτής από την προσφεύγουσα επιτυγχάνει το ίδιο επιδιωκόμενο αποτέλεσμα, όπως λέγει χαρακτηριστικά στη σελίδα 16 «διά απολύτως ισοδύναμης μεθόδου». Ειδικότερα, κατά τα ζητούμενα από την προσαλλόμενη προδιαγραφή απαιτείται η ανίχνευση και η αντιμετώπιση παρεμβολών με δυνατότητα επαναμέτρησης σε διαφορετικό μήκος κύματος. Τα ζητούμενα των προδιαγραφών που παραθέτει η προσφεύγουσα στη σελίδα 15, δεν επιφέρουν το ίδιο επιδιωκόμενο αποτέλεσμα ούτε συναστούν απολύτως ισοδύναμη μέθοδο. Τούτο δε διότι, όπως συνομολογείται από την προσφεύγουσα, η επικαλούμενη προδιαγραφή αυτής συνίσταται σε προαναλυτικό έλεγχο, ο οποίος όμως περιοριστικά και όχι ευρέως, όπως

Αριθμός απόφασης:1018 /2021

επιθυμεί το Νοσοκομείο, προσδίδει μόνο ενημέρωση στο χειριστή δίχως να υπάρχει δυνατότητα επαναμέτρησης για την εξαγωγή ασφαλούς αποτελέσματος. Η προσβαλλόμενη προδιαγραφή κατά τη διακριτική ευχέρεια του Νοσοκομείου απαιτεί την άμεση εξαγωγή του αποτελέσματος της ανίχνευσης, το οποίο ο χειριστής διαβιβάζει απευθείας στην κλινική, ενώ, στην περίπτωση που επικαλείται ο προσφεύγων αυτό δεν είναι εφικτό, δεδομένου ότι ο χειριστής ευρίσκεται σε θέση προσωπικής επιλογής ως προς τη διαχείριση των αποτελεσμάτων, το οποίο ενδεχομένως μειώνει την αξιοπιστία και αυξάνει την πιθανότητα λάθους. Τούτου δοθέντος, η εν λόγω προδιαγραφή διασφαλίζει σε μέγιστο βαθμό την ταχύτητα, την αμεσότητα και την αξιοπιστία των αποτελεσμάτων της ανίχνευσης.

6) Αναφορικά με το ΤΜΗΜΑ Γ'ΑΝΤΙΔΡΑΣΤΗΡΙΑ ΒΙΟΧΗΜΙΚΩΝ ΑΝΑΛΥΤΩΝ ΜΕ ΣΥΝΟΔΟ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟ, προεχόντως διαπιστούται ότι η προσφεύγουσα μάλλον όψιμα βάλλει κατά προδιαγραφών τις οποίες εξυπηρετούσε συμβατικά, επί σειρά ετών, στις οποίες είχε αναδειχθεί ως ανάδοχος, ώστε να προκαλεί επιεικώς απορία η εν λόγω συμπεριφορά. Τούτο δε, παρά το γεγονός ότι, το Νοσοκομείο σε μία προσπάθεια δημιουργίας κλίματος υγιούς και αθέμιτου ανταγωνισμού, με οικονομικό συμφέρον για το δημόσιο, προχώρησε σε προκήρυξη με προβλεπόμενη συμβατική διάρκεια δύο (2) ετών. Η τυχόν συρρίκνωση του όγκου των εξετάσεων είναι εναρμονισμένη με τις σύγχρονες απαιτήσεις, προς αποφυγή μη δικαιολογημένων δαπανών προς όφελος του Νοσοκομείου.

Με βάση τις ετήσιες καταναλώσεις, προκύπτει ότι το Νοσοκομείο κάνει χρήση των 27 εξετάσεων που αναφέρονται στον πίνακα στη σελίδα 37, γ'αυτό άλλωστε είναι κι οι μόνες που συνοδεύονται από οικονομικά στοιχεία. Σε καμία περίπτωση δε στοιχειοθετείται οποιαδήποτε παράβαση, διότι όλες οι ζητούμενες εξετάσεις διενεργούνται από πληθώρα βιοχημικών αναλυτών διαφόρων εταιρειών συμπεριλαμβανομένης και της προσφεύγουσας. η οποία ήδη έχει σύμβαση εν ισχύ με το Βιοχημικό Εργαστήριο. Η αναφορά σε οποιαδήποτε άλλη εξέταση, είτε περιγραφικά στις τεχνικές προδιαγραφές, είτε με τη μορφή πίνακα, δε συνοδεύεται από οικονομικά στοιχεία και δε ζητείται ως υποχρεωτική.

Η φραστική διατύπωση «η προσφορά των προαιρετικών εξετάσεων θα εκτιμηθεί» δεν μπορεί να παράξει περιοριστικά για τον ανταγωνισμό

Αριθμός απόφασης:1018 /2021

αποτελέσματα, ούτε ως ερμηνεία αλλά, ούτε προκύπτει από τους όρους του διαγωνισμού του οποίου μοναδικό κριτήριο κατακύρωσης αποτελεί η συμφερότερη μόνο τιμή. Συμπερασματικά, ουδεμία σύγκυση, ασάφεια, πολλώ δε μάλλον εμπόδιο προκύπτει για τις εταιρείες που θέλουν να συμμετάσχουν εφόσον ο πίνακας με τα οικονομικά στοιχεία είναι σαφής, οι εξετάσεις που περιέχονται σε αυτόν είναι κοινές εξετάσεις Κλινικής Χημείας και πουθενά στη διακήρυξη δεν αναφέρεται ως λόγος αποκλεισμού η μη διενέργεια συγκεκριμένων εξετάσεων πλην των ζητούμενων [...].».

13. Επειδή το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης [...] περιέχουν ιδίως : ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης, [...]ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς [...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.)[...]».

14. 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

Αριθμός απόφασης:1018 /2021

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 προτύπων, 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 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.[...]

15.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 [...]

16. 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

Αριθμός απόφασης:1018 /2021

την αξιολόγηση των προσφορών και περιγράφονται στα έγγραφα της σύμβασης [...]».

17. 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».

18. 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 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».

19. Επειδή στους όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι : «[...] [...]».

20. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη - να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση της σύμβασης προμήθειας, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές με βάση τις ανάγκες της και την σκοπιμότητα χρήσης των υπό προμήθεια προϊόντων, η δε θέσπιση, με την διακήρυξη, των προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν τινών διαγωνιζομένων, των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές

Αριθμός απόφασης:1018 /2021

αυτές, δεδομένου ότι από την φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους εν γένει απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό. Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από της απόψεως της τηρήσεως της τήρησης του εγχώριου κι ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣΤΕ. 9/2015 (ΑΣΦ), Ε.Α. 415/2014, 354/2014, 257/2010 κ.ά.).

21.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 συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

22.Επειδή όπως ορίζεται στο άρθρ. 18 του ν. 4412/2016 και παγίως έχει κριθεί από τη νομολογία (ΕΑ ΣΤΕ Β'Τμήμα 1135/2010), οι όροι διακήρυξης διαγωνισμού για την ανάθεση σύμβασης δημόσιας προμήθειας πρέπει να μην παραβιάζουν τις θεμελιώδεις αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των επιχειρηματιών (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

Αριθμός απόφασης:1018 /2021

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, 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).

23. Επειδή, ως έχει παγίως κριθεί, προκειμένου να είναι ορισμένος ισχυρισμός περί φωτογραφικού όρου διακήρυξης, πρέπει να κατονομάζεται ο οικονομικός φορέας που είναι ο μόνος δυνάμενος να συμμετάσχει ως συνέπεια της εν θέματι προδιαγραφής (ΣΤΕ (Ασφ) 314/2013, ΕΑ ΣΤΕ 474, 829, 1354/2009). Ισχυρισμοί περί «φωτογραφικής» περιγραφής υπό προμήθεια ειδών, τα οποία κατασκευάζει ή προμηθεύει μόνο μια συγκεκριμένη κατονομαζόμενη εταιρεία και ίδια το γεγονός της ταύτισης των τεχνικών προδιαγραφών με προϊόντα της εν λόγω εταιρείας δεν αρκούν για να θεωρηθεί ότι οι προδιαγραφές είναι «φωτογραφικές» (*ad hoc* ΔΕφΘεσ/κης 126/2018, ΣΤΕ 1140/2010, 1024-25/2010).

24. Επειδή λόγοι με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό την μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, με βάση δικές του εκτιμήσεις, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 307/2007).

25. Επειδή, ως έχει παγίως κριθεί, απαραδέκτως προβάλλονται ισχυρισμοί ως προς την σκοπιμότητα της θέσπισης συγκεκριμένης προδιαγραφής (βλ. Ε.Α. 354/2014, 1140/2010 Ε.Α. 3719/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 977/2006 κ.ά.)

26. 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

Αριθμός απόφασης:1018 /2021

του διαγωνισμού 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. αποφάσεις 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 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, 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).

27. Επειδή στην υπό εξέταση προσφυγή, σχετικά με το Τμήμα Β η προσφεύγουσα υποστηρίζει, μεταξύ άλλων, ότι ο ρητά διατυπωμένος σκοπός της υπ' αριθμ. 20 τεχνικής προδιαγραφής συνίσταται στην επιτυχή ανίχνευση και αντιμετώπιση των άνω παρεμβολών, ώστε να εξασφαλίζεται η αξιοπιστία των αποτελεσμάτων το οποίο ζητείται να γίνεται με τη μέθοδο της επαναμέτρησης σε διαφορετικό μήκος κύματος και είναι ακυρωτέα ως φωτογραφική διότι παραπέμπει σε συγκεκριμένο είδος συγκεκριμένης εταιρείας καθώς και ότι το ίδιο επιδιωκόμενο αποτέλεσμα επιτυγχάνεται και στον αναλυτή που επιθυμεί να προσφέρει η ίδια, δια απολύτως ισοδύναμης μεθόδου, όπως προκύπτει από το υποβληθέν εγχειρίδιο χρήσης του δοθέντος ότι ανιχνεύει τυχόν παρεμποδιστικές ουσίες, που υπερβαίνουν τα επιτρεπτές οριακές τιμές λιπαιμίας, χορερυθρίνης και αιμοσφαιρίνης πριν ξεκινήσει την αναλυτική εξέταση, με μέτρηση σε διαφορετικό μήκος κύματος στην ίδια κυβέτα και χωρίς επαναμέτρηση.

Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της αναφέρει ότι σύμφωνα με αυτά που αναφέρει η προσφεύγουσα στην προσφυγή της, ο προσφερόμενος αναλυτής δεν επιφέρει το ίδιο επιδιωκόμενο αποτέλεσμα ούτε η προτεινόμενη μέθοδος συνιστά απολύτως ισοδύναμη μέθοδο διότι, ως συνομολογείται, διενεργείται προαναλυτικός έλεγχος ο οποίος περιοριστικά και όχι ευρέως, ως απαιτείται, προσδίδει δυνατότητα ενημέρωσης στον χειριστή χωρίς να υπάρχει η δυνατότητα επαναμέτρησης για την εξαγωγή ασφαλούς αποτελέσματος με αποτέλεσμα ο χειριστής να μην δύναται να

Αριθμός απόφασης:1018 /2021

μεταβιβάσει αμέσως τα αποτελέσματα αλλά να βρίσκεται σε θέση προσωπικής επιλογής ως προς τη διαχείρισή τους το οποίο ενδεχομένως μειώνει την αξιοπιστία και αυξάνει τα περιθώρια λάθους.

28. Επειδή, σύμφωνα με την επίμαχη Διακήρυξη, στο άρθρο 2.4.3.2 προβλέπεται 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 και ότι 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. Περαιτέρω, στο Παράρτημα I, Β)ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ, στο ΤΜΗΜΑ Β' ΑΝΤΙΔΡΑΣΤΗΡΙΑ ΠΗΞΗΣ, στην υπ' αριθμ. 20 τεχνική προδιαγραφή απαιτείται: *«20. Ο αναλυτής να μπορεί να ανιχνεύει και να αντιμετωπίζει επιτυχώς την παρουσία παρεμβολών (χολερυθρίνης, αιμοσφαιρίνης και λιπιδίων στο πλάσμα), με επαναμέτρηση σε διαφορετικό μήκος κύματος, ώστε να εξασφαλίζεται η αξιοπιστία των αποτελεσμάτων»*. Εξάλλου, σύμφωνα με το άρθρο 2.4.6 ορίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται, μεταξύ άλλων, στην παράγραφο 2.4.3 (περ. α), η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση (περ. β) ή παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης (περ. η).

29. Επειδή, σύμφωνα με τα ως άνω διαλαμβανόμενα, ο προσφερόμενος από την προσφεύγουσα αναλυτής δεν προσφέρει την απαιτούμενη δυνατότητα επαναμέτρησης με αποτέλεσμα να μην δύνανται να επαναμετρηθούν τα αποτελέσματα ώστε να δοθούν νέες τιμές με σκοπό την επαλήθευσή τους. Η δε προσφεύγουσα δεν αμφισβητεί ότι ο έλεγχος του προσφερόμενου αναλυτή είναι προαναλυτικός και δεν υφίσταται αυτή η δυνατότητα επιχειρώντας να παρουσιάσει τη χρησιμοποιούμενη μέθοδο ως

Αριθμός απόφασης:1018 /2021

ισοδύναμη και την ως άνω τεχνική προδιαγραφή ως φωτογραφική. Ωστόσο, οι εν γένει ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί φωτογραφικής προδιαγραφής θα πρέπει να απορριφθούν ως απαράδεκτοι επειδή είναι αόριστοι, αναπόδεικτοι και ανυποστήρικτοι, καθόσον δεν γίνεται προσκόμιση και επίκληση στοιχείων προς απόδειξη της πραγματικής βάσης των ισχυρισμών αυτών, και ιδία αποδεικτικά στοιχεία από τα οποία να προκύπτει ότι το αναφερόμενο ως φωτογραφιζόμενο προϊόν προσφέρεται αποκλειστικά από την κατονομαζόμενη εταιρεία και από καμία άλλη στην οικεία αγορά καθώς το γεγονός ότι το προσφερόμενο από έτερη εταιρεία είδος καλύπτει την εν λόγω τεχνική προδιαγραφή δεν την καθιστά αυτομάτως φωτογραφική. Περαιτέρω, βασίμως υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή ότι ο επιδιωκόμενος σκοπός δεν επιτυγχάνεται με τη μέθοδο που προτείνει η προσφεύγουσα ως μη ισοδύναμη διότι η απαίτηση της επαναμέτρησης καταλήγει σε εν γένει νέα αποτελέσματα προς επαλήθευση των υπαρχόντων η οποία δεν εξασφαλίζεται με τη χρήση διαφορετικού μήκους κύματος, παρά τα περί αντιθέτου προβαλλόμενα. Η δε αναθέτουσα αρχή αιτιολογεί επαρκώς τη σκοπιμότητα της επιλογής της ως άνω απαίτησης που στοχεύει στην κάλυψη των αναγκών της. Επομένως, ο οικείος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

30. Επειδή σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην προηγούμενη σκέψη και δοθέντος ότι προσφορές υποβάλλονται με βάση τις απαιτήσεις που ορίζονται στο Παράρτημα Ι της Διακήρυξης, είτε για όλα τα τμήματα, είτε για ορισμένα μόνο τμήματα, υπό την προϋπόθεση να αφορούν το σύνολο των εξετάσεων των τμημάτων ή ενός μόνο τμήματος, η προσφεύγουσα μη πληρώντας την υπ' αριθμ. 20 τεχνική προδιαγραφή δεν δύναται να συμμετέχει στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία για το Τμήμα Β. Ως εκ τούτου, η απόρριψη του ως άνω λόγου της προσφυγής για το Τμήμα Β παρέχει αυτοτελές έρεισμα απόρριψης του αιτήματος της προσφυγής και, επομένως, η εξέταση των έτερων ισχυρισμών της προσφυγής για το Τμήμα αυτό παρέλκει ως αλυσιτελής, καθόσον ανεξαρτήτως αποδοχής ή απόρριψης αυτών ως έχει κριθεί ανωτέρω σε κάθε περίπτωση η προσφεύγουσα δεν θα εδύνατο να συμμετέχει στο Τμήμα αυτό (ΕΑ ΣτΕ 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007, 227, 83/2013, 344/2017, 102/2015, 82/2014, ΔΕφΑΘ).

31. Επειδή στην υπό εξέταση προσφυγή, σχετικά με το Τμήμα Γ η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι ενώ απαιτείται η προμήθεια αντιδραστηρίων

Αριθμός απόφασης:1018 /2021

με το συνοδό εξοπλισμό για τη διενέργεια 27 εξετάσεων, στην υπ' αριθμ.21 τεχνική προδιαγραφή απαιτείται ο αναλυτής να εκτελεί απαραίτητα τις εξετάσεις με A/A1 έως 33 του πίνακα 1 και αναφέρεται ότι οι εξετάσεις με A/A .34 έως 45 (πίνακας 1) χαρακτηρίζονται ως προαιρετικές και θα εκτιμηθεί η δυνατότητα εκτελέσεώς τους με αποτέλεσμα οι όροι της Διακήρυξης να είναι αντιφατικοί και ασαφείς και δημιουργούν συνθήκες στρέβλωσης του ανταγωνισμού.

Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της αναφέρει ότι με βάση τις ετήσιες μετρήσεις διενεργούνται 27 εξετάσεις και για τον λόγο αυτό είναι οι μόνες που συνοδεύονται από οικονομικά στοιχεία και ότι η αναφορά έτερων εξετάσεων στις τεχνικές προδιαγραφές δεν ζητείται ως υποχρεωτική και ουδώς αναφέρεται ότι οι έτερες εξετάσεις είναι επί ποινή αποκλεισμού.

31. Επειδή, σύμφωνα με την επίμαχη Διακήρυξη, στο Παράρτημα I, A) ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ-ΣΥΝΟΠΤΙΚΑ ΣΤΟΙΧΕΙΑ, στο Τμήμα Γ υπάρχει πίνακας με 27 εξετάσεις (σελ. 36-37 της Διακήρυξης), ως βασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα. Ωστόσο, στο ίδιο Παράρτημα, υπό Β) ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ, περιλαμβάνεται πίνακας με 31 εξετάσεις, ενώ στην προδιαγραφή υπ' αριθμ. 21 γίνεται αναφορά στις εξετάσεις 32 και 33 και 34-45, με αποτέλεσμα να υφίσταται ασάφεια ως προς τις απαιτήσεις της Διακήρυξης σχετικά με τις τεχνικές προδιαγραφές του αναλυτή του Τμήματος Γ, τις απαιτούμενες εξετάσεις καθώς και το κόστος που θα πρέπει να υπολογίσουν οι οικονομικοί φορείς για τη σύνταξη της προσφοράς τους, ως βασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα. Οι δε ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής ότι οι έτερες εξετάσεις δεν ζητούνται επί ποινή αποκλεισμού τυγχάνουν απορριπτέοι καθώς το κριτήριο κατακύρωσης είναι αφενός μεν η χαμηλότερη τιμή και αφετέρου όλες οι τεχνικές προδιαγραφές είναι ουσιώδεις όροι της Διακήρυξης που η μη πλήρωσή τους επιφέρει τον αποκλεισμό των υποψηφίων χωρίς να είναι δυνατή η συνεκτίμηση της πλήρωσης ή μη των αναφερόμενων ως «προαιρετικών» προδιαγραφών.

Ωστόσο, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, στις 22-03-2021 οικονομικός φορέας υπέβαλε, μεταξύ άλλων, το κάτωθι διευκρινιστικό ερώτημα:

«Στις σελίδες 43 & 44 της Διακήρυξης - ΤΜΗΜΑ Γ`ΑΝΤΙΔΡΑΣΤΗΡΙΑ ΒΙΟΧΗΜΙΚΩΝ ΑΝΑΛΥΤΩΝ – ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ & ΠΙΝΑΚΑΣ 1

Αριθμός απόφασης:1018 /2021

ΖΗΤΟΥΜΕΝΕΣ ΕΞΕΤΑΣΕΙΣ και συγκεκριμένα στην προδιαγραφή 21 αναγράφεται: «Να εκτελεί απαραίτητα τις εξετάσεις με Α/Α. 1 έως 33 του πίνακα 1. Οι εξετάσεις με Α/Α. 34 έως 45 (πίνακας 1.) χαρακτηρίζονται ως προαιρετικές και θα εκτιμηθεί η δυνατότητα εκτελέσεώς τους.»

Ωστόσο οι εξετάσεις στον Πίνακα 1 της σελίδας 44 σταματούν στον αύξοντα αριθμό 31 και συνεπώς οι εξετάσεις 34 έως 45, που αναφέρονται στην προδιαγραφή 21, δεν αναγράφονται καθόλου στον Πίνακα 1. Επίσης στον πίνακα εξετάσεων της σελίδας 36 καθώς επίσης και στον ηλεκτρονικό διαγωνισμό του ΕΣΗΔΗΣ αναγράφονται οι εξετάσεις με α/α 1 έως 27 και δεν αναγράφονται καθόλου οι 28, 29, 30 & 31 που χαρακτηρίζονται υποχρεωτικές του πίνακα 1 της σελίδας 44 .

Ζητούμε να διευκρινιστεί αν οι ζητούμενες υποχρεωτικές εξετάσεις της συγκεκριμένης προδιαγραφής 21 είναι αυτές του Πίνακα 1 (α/α 1 έως 31) όπως αναφέρονται σε αυτόν επακριβώς και αν οι εξετάσεις για τις οποίες θα αναλυθεί το κόστος είναι οι α/α 1 έως 27 της σελίδας 36 της Διακήρυξης» .

Κατόπιν τούτου, στις 28-05-2021 η αναθέτουσα αρχή ανάρτησε στην «Επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους συμμετέχοντες απαντήσεις επί των διευκρινιστικών ερωτημάτων των οικονομικών φορέων, μεταξύ των οποίων περιλαμβάνεται και η κάτωθι απάντηση:

«3. Αναφορικά με το τρίτο ερώτημα σας, θα θέλαμε να διευκρινίσουμε ότι οι υποχρεωτικές εξετάσεις που θα πρέπει να πραγματοποιεί ο προσφερόμενος βιοχημικός αναλυτής είναι οι εξετάσεις του Πίνακα 1 έως α/α 31 και επιπλέον το κόστος θα πραγματοποιηθεί για τις εξετάσεις με α/α 1 έως 27 της σελίδας 36 της Διακήρυξης».

32. Επειδή δοθέντος ότι η πράξη με την οποία παρέχονται διευκρινήσεις όρων του στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού εντάσσονται επίσης και οι διευκρινήσεις που παρέχονται από την αναθέτουσα αρχή στους διαγωνιζόμενους, με την έκδοση σχετικής πράξης παροχής διευκρινίσεων, η οποία εκδίδεται πριν από την υποβολή της προσφοράς τους, ως προς τα σημεία των όρων της διακήρυξης ή των τεχνικών προδιαγραφών ή άλλων ζητημάτων που χρήζουν περαιτέρω επεξηγήσεων, οι οποίες συμπληρώνουν τους όρους της διακήρυξης στους οποίους αναφέρονται (βλ.

Αριθμός απόφασης:1018 /2021

Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β΄ έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 340).

33. Επειδή, όπως έχει παγίως κριθεί υπό το προϊσχύον νομοθετικό καθεστώς, η πράξη περί παροχής διευκρινίσεων αποτελεί πράξη εκτελεστή, υποκείμενη σε προσφυγή και εφ' όσον δεν αμφισβητηθεί η νομιμότητά της, οι παρεχόμενες με αυτήν διευκρινίσεις εντάσσονται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, συμπληρώνοντας τους σχετικούς όρους της διακηρύξεως, στους οποίους αναφέρονται (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 190/2015, 108/2015, 55/2015, 44/2015, 92/2014, 254/2012, 45/2008, ΔΕφΑθ (αναστ.) 451/2014, 437/2013).

34. Επειδή ως έχει παγίως κριθεί, μόνο όταν με τις διευκρινίσεις αίρονται ανακρίβειες ή ασάφειες όρων ή μνημονευόμενων στη διακήρυξη στοιχείων αυτές συνιστούν πράξη εκτελεστή, και δύνανται να προσβληθούν με την προσφυγή του Ν. 4412/2016 με την οποία θεωρείται εμπροθέσμως συμπροσβαλλομένη ως πλημμελής και η διακήρυξη (πρβλ. Ε.Α. 45/2008, 952/2007, 474/2005, 532/2004).

35. Επειδή με την ως άνω διευκρίνιση, η αναθέτουσα αρχή ήρε πλήρως την ασάφεια και αντιφατικότητα των όρων της Διακήρυξης σχετικά με τις απαιτούμενες εξετάσεις για το Τμήμα Γ καθώς και το κόστος που θα πρέπει να υπολογίσουν οι οικονομικοί φορείς για τη σύνταξη της προσφοράς τους αναφέροντας ότι ο αναλυτής θα πρέπει να διενεργεί υποχρεωτικά τις 31 εξετάσεις του πίνακα της σελ. 44, ως τεχνική προδιαγραφή, ενώ το κόστος θα υπολογιστεί επί τη βάση των 27 εξετάσεων του πίνακα των σελίδων 36-37. Επομένως, ο λόγος της προσφεύγουσας που αφορά στο Τμήμα Γ της Διακήρυξης κατέστη εντωμεταξύ άνευ αντικειμένου διότι η αναθέτουσα αρχή έδωσε διευκρινήσεις ορίζοντας ρητώς ποιες είναι οι απαιτούμενες εξετάσεις που θα πρέπει να δύνανται να διενεργεί υποχρεωτικά ο αναλυτής καθώς και επί ποίων εξετάσεων υπολογίζεται το κόστος αίροντας κάθε σχετική αμφιβολία.

34. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

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

36. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 14 Μαΐου 2021 και εκδόθηκε στις 3 Ιουνίου 2021 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΧΡΥΣΑΝΘΗ ΖΑΡΑΡΗ

Αναπληρούσα ως προς την έκδοση

την Πρόεδρο του 6^{ου} Κλιμακίου

σύμφωνα με την με αρ.

60/31.05.2021 Πράξη αναπλ. Πρ. ΑΕΠΠ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΔΕΜΙΡΤΖΗΟΓΛΟΥ

α/α ΗΛΙΑΣ ΣΤΡΕΠΕΛΙΑΣ