

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 30 Δεκεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη Πρόεδρος, Μιχαήλ Σειραδάκης-Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 20.11.2020 προδικαστική προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1700/23.11.2020 της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «****», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της **** (εφεξής αναθέτουσα αρχή) και

Της παρεμβαίνουσας Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «*****», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η με αριθμό πρωτοκόλλου ***** δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε η αποδοχή του από 01.09.2020 Πρακτικού Αποσφράγισης και Αξιολόγησης των Δικαιολογητικών Συμμετοχής και των Τεχνικών Προδιαγραφών της Επιτροπής του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που έκανε αποδεκτή για το Τμήμα 1 του διαγωνισμού την προσφορά της εταιρείας «*****» και ήδη παρεμβαίνουσας.

Με την ασκηθείσα παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα εταιρεία αιτείται να γίνει δεκτή η παρέμβασή της, να απορριφθεί η κρινόμενη προσφυγή και να διατηρηθεί σε ισχύ η προσβαλλόμενη με αριθμό πρωτοκόλλου ****, δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε η αποδοχή του από 01.09.2020 Πρακτικού Αποσφράγισης και Αξιολόγησης των Δικαιολογητικών Συμμετοχής και των Τεχνικών Προδιαγραφών της Επιτροπής του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που έκανε αποδεκτή για το Τμήμα 1 του διαγωνισμού την προσφορά της παρεμβαίνουσας.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, η ***** ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Ανοιχτό Διαγωνισμό άνω των ορίων, με Αριθμό πρωτοκόλλου Διακήρυξης ***** και Αριθμό Συστήματος Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) *****, η οποία δημοσιεύθηκε στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 10.07.2020 και αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 24.07.2020, με μοναδικό κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) *****, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, αποκλειστικά βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής, η οποία εκτιμάται για το Τμήμα 1 βάσει των κριτηρίων που αναφέρονται στην παρ. 2.3.1 της διακήρυξης, για την ανάδειξη αναδόχου για την «*****», συνολικού προϋπολογισμού για το Τμήμα 1 ενός εκατομμυρίου εννιακοσίων πενήντα χιλιάδων ευρώ (1.950.000,00 €) χωρίς Φ.Π.Α. 24%, με δυνατότητα προαίρεσης μέχρι του ποσού των εξακοσίων πενήντα χιλιάδων ευρώ (650.000,00 €) χωρίς Φ.Π.Α. 24%, διάρκειας δώδεκα (12) μηνών από την επομένη της διενέργειας του διαγωνισμού, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 25^η Αυγούστου 2020, ημέρα Τρίτη και ώρα 14:00 μ.μ. και ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών την 1^η Σεπτεμβρίου 2020 και ώρα 11:00 π.μ. Η προσφεύγουσα υπέβαλε εμπρόθεσμα στις 25.08.2020 και ώρα 12:42:47 μ.μ. την υπ' αριθμ. ***** προσφορά της στον ανωτέρω διαγωνισμό και πλέον με την υπό κρίση προσφυγή της στρέφεται κατά της με αριθμό πρωτοκόλλου *****, η οποία αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 10.11.2020, οπότε και έλαβε πλήρη γνώση της η προσφεύγουσα. Η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε στις 20.11.2020 στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την υπό κρίση προσφυγή της και την κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν.

Αριθμός Απόφασης: 115/2021

2. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρεία επικαλείται στην υπό κρίση προσφυγή της ότι η Αναθέτουσα Αρχή έκρινε εσφαλμένα με την προσβαλλόμενη απόφαση, κατά το μέρος που έκανε αποδεκτή για το Τμήμα 1 του διαγωνισμού την προσφορά της εταιρείας «*****» και ήδη παρεμβαίνουσας, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα αιτείται να γίνει δεκτή η υπό κρίση προσφυγή της, να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη με αριθμό πρωτοκόλλου *****, δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε η αποδοχή του από 01.09.2020 Πρακτικού Αποσφράγισης και Αξιολόγησης των Δικαιολογητικών Συμμετοχής και των Τεχνικών Προδιαγραφών της Επιτροπής του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που έκανε αποδεκτή για το Τμήμα 1 του διαγωνισμού την προσφορά της εταιρείας «*****» και ήδη παρεμβαίνουσας και να απορριφθεί η προσφοράς της ανωτέρω εταιρείας.

4. Επειδή, η προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου *****), ποσού δεκατριών χιλιάδων ευρώ (13.000,00 €) όπως εξοφλήθηκε και έχει δεσμευτεί, δυνάμει του αντίστοιχου αποδεικτικού αυτόματης δέσμευσης του παραβόλου της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (Γ.Γ.Π.Σ.). Μάλιστα, η προσφεύγουσα κατέβαλε πλεονάζον το νόμιμο παράβολο, το οποίο στην πραγματικότητα ανέρχεται στο ποσό των εννέα χιλιάδων επτακοσίων πενήντα ευρώ (9.750,00 €), καθώς η προσφεύγουσα υπολόγισε σε αυτό και το δικαίωμα προαίρεσης της προς ανάθεση σύμβασης, το οποίο όμως έχει κριθεί παγίως (ΕΑ ΣτΕ 187/2017, 10/2017 και ΔεφΘεσσ 58/2019) ότι δεν λαμβάνεται υπόψη για τον υπολογισμό του νομίμου παραβόλου του άρθρου 5 του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 363 του Ν. 4412/2016.

Αριθμός Απόφασης: 115/2021

6. Επειδή, ο επίμαχος διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

9. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α) του Ν. 4412/2016.

10. Επειδή, στις 23.11.2020 και κατ' ορθή επανάληψη στις 24.11.2020, η Αναθέτουσα Αρχή προέβη στην κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.

11. Επειδή, παραδεκτά και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, κατατέθηκε στις 03.12.2020 στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ., η από 3 Δεκεμβρίου 2020 παρέμβαση της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «*****, όπως νόμιμα εκπροσωπείται, η δε παρεμβαίνουσα, έχει προφανές έννομο συμφέρον από την απόρριψη της ως άνω προδικαστικής προσφυγής, αφού προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της διαμορφωθείσας κατάστασης, δεδομένου ότι η προσφορά της έχει ήδη γίνει αποδεκτή και έχει προκριθεί στο επόμενο στάδιο για το Τμήμα 1 του διαγωνισμού, ήτοι της αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών. Επομένως, η ασκηθείσα, κατά τα ανωτέρω παρέμβαση, πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

Αριθμός Απόφασης: 115/2021

12. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, προσκλήθηκε, από την Πρόεδρο του 7^{ου} Κλιμακίου, δυνάμει της υπ' αριθμ. 2015/23.11.2020 Πράξης της «Περί Ορισμού Ημερομηνίας Εξέτασης Προδικαστικής Προσφυγής και Εισηγητή – Κλήση Περί Απόψεων Επί Αιτήματος Προσωρινών Μέτρων», η οποία της κοινοποιήθηκε στις 23.11.2020 και υπέβαλε στις 03.12.2020, ήτοι εντός της οριζόμενης προθεσμίας στο οικείο Κλιμάκιο, τις προβλεπόμενες από το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 9 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, απόψεις της, σχετικά με την υπό κρίση προσφυγή.

13. Επειδή, η προσφεύγουσα, βάσει του άρθρου 365 παρ. 1, όπως τροποποιήθηκε με την παρ. 42 του άρθρου 43 του Ν. 4605/2019 και ισχύει, υπέβαλε εμπρόθεσμα και παραδεκτά, στις 21.12.2020 μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού και προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και των ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας, το από 21.12.2020 υπόμνημά της.

14. Επειδή, στην κρινόμενη προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρεία, η οποία δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και υπέβαλε παραδεκτά προσφορά στον εν λόγω διαγωνισμό, η οποία κατ' αρχήν έγινε αποδεκτή για το Τμήμα 1 και προκρίθηκε στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού, ήτοι της αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης και συνεπακόλουθα θεμελιώνει κατ' αρχήν βάσιμα το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη άμεσου, προσωπικού και ενεστώτος εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της με αριθμό πρωτοκόλλου *****, δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε η αποδοχή του από 01.09.2020 Πρακτικού Αποσφράγισης και Αξιολόγησης των Δικαιολογητικών Συμμετοχής και των Τεχνικών Προδιαγραφών της Επιτροπής του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που έκανε αποδεκτή για το Τμήμα 1 του διαγωνισμού την προσφορά της εταιρείας «*****» και ήδη παρεμβαίνουσας. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα εταιρεία θεμελιώνει το έννομο συμφέρον της στην εσφαλμένη αποδοχή της προσφοράς έτερων προσφερόντων και εν προκειμένω στη ζημία που υφίσταται από τυχόν

Αριθμός Απόφασης: 115/2021

παράνομη συμμετοχή τρίτων στον διαγωνισμό και δη της παρεμβαίνουσας και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς της (βλ. ΕΑ ΣτΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣτΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως η προσφεύγουσα εταιρεία να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

Νομίμως και παραδεκτώς φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

15. Επειδή, εφαρμοστέα στον επίμαχο διαγωνισμό είναι ιδίως, το άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), το άρθρο 53 «Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης», το άρθρο 54 «Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης» του Ν. 4412/2016 (άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), το άρθρο 75 «Κριτήρια επιλογής» (άρθρα 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), το άρθρο 82 «Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης» (άρθρο 62 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), το άρθρο 91 «Λόγοι απόρριψης προσφορών», το άρθρο 94 «Περιεχόμενο φακέλου “Τεχνική Προσφορά”» και το άρθρο 102 «Συμπλήρωση-αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών» (άρθρο 56 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του Ν. 4412/2016.

16. Επειδή, περαιτέρω, εφαρμοστέες είναι οι διατάξεις της διακήρυξης, όπως τις επικαλούνται η προσφεύγουσα, η αναθέτουσα αρχή και η παρεμβαίνουσα εταιρεία.

17. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η Διακήρυξη του Διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του Διαγωνισμού (ΕΑ ΣτΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό Διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του Διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να

προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον Διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της Προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Ενόψει τούτων, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν την διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων κατά το πνεύμα τόσο της ενωσιακής όσο και της εθνικής νομοθεσίας, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα αξιούμενα από τη Διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία (πρβλ. ΣτΕ 5022/2012) προκειμένου να συμμετάσχει νομίμως στο Διαγωνισμό και κατά συνέπεια, ανεξαρτήτως παντός άλλου, δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού για δικαιολογητικά μη απαιτούμενα από τη Διακήρυξη (ΣτΕ 18/2011, ΣτΕ 19/2011, ΣτΕ 3703/2010, ΣτΕ 1616/2008, ΕΑ ΣτΕ 254/2008 κλπ).

18. Επειδή, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας που διέπει όλους τους δημόσιους Διαγωνισμούς, η παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (Ολομ. ΣτΕ 2137/1993). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους (ΕλΣυν 1949/2009 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 115/2008 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 10/2008 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 22/2005 Τμήμα VI). Ομοίως, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 25 και C-599/10, SAG ELV Slovenko κλπ, σκέψη 25 και περαιτέρω παραπομπές σε νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 27). Περαιτέρω, η ρητή παραπομπή της Διακήρυξης σε συγκεκριμένες νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις τις καθιστά τμήμα του νομικού πλαισίου που διέπει τη διαγωνιστική διαδικασία, το οποίο

δεσμεύει, κατά τα ανωτέρω, τόσο τη Διοίκηση όσο και τους υποψηφίους Αναδόχους που συμμετέχουν σε αυτήν (ΕΛΣυν 1434/2017). Υπό την έννοια αυτή, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της Διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαϊκού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο Διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο κοινοτικό (ενωσιακό πλέον) δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕΛΣυν 70/2006). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της Διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του Διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του Διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕΛΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000 και VI Τμήμα ΕΛΣυν 78/2007). Ως εκ τούτου, προσφορές που δεν πληρούν τις ανωτέρω απαιτήσεις, καθίστανται απορριπτέες (ΕΑ ΣτΕ 79/2009, πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 26/2007 κ.ά., βλ. και Γνμδ ΝΣΚ 70/2002 που ορίζει ότι σε περίπτωση που η ίδια η Διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «*με ποινή αποκλεισμού...*», «*με ποινή απαραδέκτου οι συμμετέχοντες πρέπει...*» ή άλλους παρόμοιους, είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της. Το ίδιο αφορά προφανώς και τη διαπίστωση της συνδρομής των τεχνικών προδιαγραφών, αλλά και των δικαιολογητικών συμμετοχής, τα οποία προβλέπονται ως όροι επί ποινή αποκλεισμού από τη Διακήρυξη.

19. Επειδή, γίνεται συνεπώς δεκτό ότι οι τεχνικές προδιαγραφές που τίθενται από τη Διακήρυξη, όπως εξάλλου και τα οικεία δικαιολογητικά, πρέπει να

συντρέχουν κατά τον χρόνο υποβολής των προσφορών και η διάγνωση της κατά τον χρόνο εκείνο ελλείψεως τους συνεπάγεται δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής του Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη προσφορά (ΣτΕ 743/2000), ενώ δεν είναι δυνατό εκ των υστέρων να προσκομιστούν νέα κρίσιμα κατά τη Διακήρυξη στοιχεία (ΣτΕ 436/2002), όπως και δεν είναι δυνατή η λήψη υπόψη κατά τη διαδικασία ανάθεσης προσόντος που ενώ όχι μόνο δεν αποδείχθηκε αλλά και ουσιαστικά έλειπε, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, τυχόν απεκτήθη μεταγενεστέρως, καθώς έτσι θα παραβιαζόταν η αρχή της τυπικότητας του διαγωνισμού και ασφάλειας αυτού, εκθέτοντας την κατακυρωτική κρίση σε τυχαία, μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα. Τα παραπάνω προκύπτουν και εκ της αρχής της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή των κριτηρίων ανάθεσης και την κρίση επί των προδιαγραφών και των προσκομιζομένων δικαιολογητικών ενός εκάστου υποψηφίου οικονομικού φορέα, κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες τόσο κατά το στάδιο της υποβολής, όσο και κατά το στάδιο της αξιολόγησης των προσφορών των υποψηφίων (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54), δεδομένου ότι οι προσφορές των τελευταίων θα αξιολογηθούν στα επόμενα στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας, επί τη βάση των όσων δήλωσαν, προσκόμισαν και εν τέλει ίσχυαν, όπως αυτά αποκρυσταλλώθηκαν κατά τον ως άνω κρίσιμο χρόνο της υποβολής των προσφορών.

20. Επειδή, ο όλος μηχανισμός υποβολής και ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής διέπεται από την αρχή της τυπικότητας, δηλαδή της διαφανούς και αυστηρής διαδικασίας του διαγωνισμού, κατά την οποία η νομιμότητα συμμετοχής προϋποθέτει την εκπλήρωση τυπικών προϋποθέσεων, επιβάλλει δε (η εν λόγω αρχή) τη σύνταξη των προσφορών σύμφωνα με τις υποδείξεις της Υπηρεσίας (ΕΑ ΣτΕ 816/2007, 26/2007) και τον αποκλεισμό του υποψηφίου

Αριθμός Απόφασης: 115/2021

σε περίπτωση που αυτός δεν συμμορφώνεται με επί ποινή αποκλεισμού τιθέμενους όρους της διακήρυξης (ΑΕΠΠ 171/2017 σκ. 32 και βλ. Ελ. Συν. VI Τμήμα, Αποφ. 24995, 1949/2009. Πρ. 115, 10/2008, 222/2005, Ζ΄ Κλιμάκιο, Πρ. 116/2012, 1177/2009, Δημήτριος Ι. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β΄ έκδοση, Σάκκουλας, 2017, σελ. 195-197).

21. Επειδή, σχετικά με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής, όπως διεξοδικά αναλύεται σε επιμέρους ισχυρισμούς στις σελ. 5-12 αυτής, υπό «II. ΛΟΓΟΙ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ». «Α. ΠΡΩΤΟΣ ΛΟΓΟΣ:*****», η προσφεύγουσα επικαλείται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση, είναι παράνομη και άρα ακυρωτέα κατά το μέρος που έκανε αποδεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας, καίτοι η τελευταία δεν συμμορφώθηκε με επί ποινή αποκλεισμού όρους της διακήρυξης. Συγκεκριμένα, διατείνεται η προσφεύγουσα ότι κατά παράβαση των επικαλούμενων από αυτήν διατάξεων της διακήρυξης, η παρεμβαίνουσα δεν απέδειξε τη συμμόρφωσή της με μέτρα περιβαλλοντικής διαχείρισης, καθώς δεν υπέβαλε πιστοποιητικό, σύμφωνα με το πρότυπο **** ή ισοδύναμο πιστοποιητικό περιβαλλοντικής διαχείρισης. Συναφώς, με τον δεύτερο προβαλλόμενο ισχυρισμό της, όπως περιλαμβάνεται στον πρώτο λόγο προσφυγής, η προσφεύγουσα επικαλείται ότι και το υποβληθέν πιστοποιητικό **** για την κατασκευάστρια εταιρεία «*****.» (βλ. συνημμένο στην προσφορά της ηλεκτρονικό αρχείο με τίτλο «22.*****», σελ. 90) φέρει ημερομηνία λήξης του τις 24.08.2020, γεγονός που το καθιστά εκπρόθεσμο, καθώς η καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ήταν η 25.08.2020 (η ίδια η παρεμβαίνουσα υπέβαλε την προσφορά της στις 21.08.2020), με συνέπεια, εφόσον η Επιτροπή του Διαγωνισμού αιτήθηκε την εκ νέου υποβολή του εν λόγω πιστοποιητικού, επικαιροποιημένου, «ως συμπληρωματικό δικαιολογητικό», υπό την έννοια της παροχής διευκρινίσεων, έσφαλε και ενήργησε κατά παράβαση των οριζόμενων στο άρθρο 102 του Ν. 4412/2016. Επί του ανωτέρω, πρώτου λόγου προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή, δυνάμει των με αριθμό πρωτοκόλλου 68416/03.12.2020 Απόψεών της, υπό «2. Σχετικά με την με αριθμ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1700/2020 προδικαστική προσφυγή» υποστηρίζει τα

ακόλουθα: «[...]. Λαμβάνοντας υπ' όψη όσα αναφέρονται στην Προσφυγή της εταιρείας ****, την οποία υπέβαλε κατά της Απόφασης που εγκρίνει το Πρακτικό αξιολόγησης, κατά το μέρος που αξιολογείται η τεχνική προσφορά της εταιρείας****, σας υποβάλλουμε την παρακάτω εισήγηση μας:

A. Ως προς τα πιστοποιητικά που ορίζει η διακήρυξη να κατατεθούν με την προσφορά των εταιριών:

Η επιτροπή διαπίστωσε πως η εταιρεία στα κατατιθέμενα έγγραφα δεν κατέθεσε το ***** της εταιρείας ***** όμως δέχεται ως ισοδύναμο του **** τη συμμετοχή της εταιρείας σε προγράμματα ανακύκλωσης όπως αναλυτικά αιτιολογείται στο με αριθμ. Πρωτ. 62284/6-11-20 κατατεθειμένο πρακτικό.

B. Ως προς την ΠΑΡΑΛΕΙΨΗ ΤΗΣ ***** ΝΑ ΥΠΟΒΑΛΕΙ ΕΓΚΥΡΟ ΚΑΙ ΕΝ ΙΣΧΥ ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΟ ***** ΓΙΑ ΤΗΝ ΚΑΤΑΣΚΕΥΑΣΤΡΙΑ ΕΤΑΙΡΙΑ**** – ΜΗ ΝΟΜΙΜΟ ΤΟ ΑΙΤΗΜΑ ΤΗΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ ΓΙΑ ΧΟΡΗΓΗΣΗ ΔΙΕΥΚΡΙΝΙΣΕΩΝ – ΠΑΡΑΒΙΑΣΗ ΑΡΘΡΟΥ 102 ν 4412/2016:

Η εταιρεία **** κατέθεσε με την προσφορά της στον Διαγωνισμό το πιστοποιητικό περιβαλλοντικής διαχείρισης **** της κατασκευάστριας εταιρείας ****, το οποίο αναγράφει ημερομηνία ισχύος μέχρι 24/08/2020, συνεπώς είχε λήξει κατά την καταληκτική ημερομηνία προσφορών (25/08/2020). Εν συνεχεία, κατά τη διάρκεια της διαγωνιστικής διαδικασίας, η **** προσκόμισε το ανανεωμένο πιστοποιητικό με μεταγενέστερη ημερομηνία ισχύος, όπως αναλυτικά αναφέρεται στο με αριθμ. Πρωτ. ***** κατατεθειμένο πρακτικό, το οποίο κάνουμε αποδεκτό. [...].». Ομοίως, επί του ίδιου ως άνω πρώτου λόγου προσφυγής, η παρεμβαίνουσα στις σελ. 5-13 της ασκηθείσας παρέμβασης, υπό «II. Λόγοι απόρριψης της υπό εξέταση προσφυγής», «Α. Ως προς την υποτιθέμενη παράλειψη υποβολής ***** ή ισοδύναμων πιστοποιητικών και την υποτιθέμενη πλημμελή συμπλήρωση του υποβληθέντος ΕΕΕΣ», υποστηρίζει ότι ο εξεταζόμενος λόγος προσφυγής είναι απορριπτέος πρωτίστως ως απαράδεκτος, καθώς προβάλλεται ανεπικαίρως (προώρως), ενώ είναι και απορριπτέος ως νόμω και ουσία αβάσιμος, για τους λόγους που αναλυτικά εκθέτει στις οικείες σελίδες της παρέμβασής της.

22. Επειδή, ενόψει των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών και κατόπιν ενδεδειγμένης μελέτης του φακέλου της υπόθεσης, πρέπει να γίνουν δεκτά τα ακόλουθα. Όπως προέκυψε από το υποβληθέν Ενιαίο Ευρωπαϊκό Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.) της παρεμβαίνουσας (βλ. συνημμένο στην προσφορά της ηλεκτρονικό αρχείο με τίτλο «Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ)/Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) – 1. Espd-response.pdf»), η τελευταία, προκειμένου να θεμελιώσει προαποδεικτικώς τη ζητούμενη από την παρ. 2.2.6 «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα – Εμπειρία» και την παρ. 2.2.7 «Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης» της διακήρυξης, συμμόρφωση με μέτρα περιβαλλοντικής διαχείρισης κατά την εκτέλεση της σύμβασης και συγκεκριμένα ***** ή ισοδύναμα πιστοποιητικά περιβαλλοντικής διαχείρισης, δήλωσε στο «Μέρος IV: Κριτήρια επιλογής», υπό «Γ: Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα», στο πεδίο «Μέτρα περιβαλλοντικής διαχείρισης», υπό «Ο οικονομικός φορέας θα μπορεί να εφαρμόζει τα ακόλουθα μέτρα περιβαλλοντικής διαχείρισης κατά την εκτέλεση της σύμβασης», όπου «Παρακαλώ περιγράψτε», δήλωσε ότι: «Τα προϊόντα της εταιρείας ***** εισάγονται συσκευασμένα από τους οίκους κατασκευής. Η αποθήκευση, διακίνηση και διανομή τους γίνεται σύμφωνα με τα διεθνώς ισχύοντα πρότυπα και τις κείμενες διατάξεις. Η χρήση τους στο προσφερόμενο αναλυτικό σύστημα γίνεται κατά τρόπο που διασφαλίζει την προστασία του περιβάλλοντος και του προσωπικού του Εργαστηρίου. Μετά τη χρησιμοποίηση των αντιδραστηρίων και αναλωσίμων από το Εργαστήριο, η περιβαλλοντική τους διαχείριση λαμβάνει χώρα βάσει της διαδικασίας που εφαρμόζει το Νοσοκομείο (αναθέτουσα Αρχή) για τη διαχείριση των νοσοκομειακών αποβλήτων (συμβάσεις με εταιρείες διαχείρισης αποβλήτων ή άλλες αντίστοιχες λύσεις). Καθώς λοιπόν η εταιρεία μας εμπορεύεται "τελικά προϊόντα", η υποχρέωσή της περιορίζεται στο να συμμετέχει σε συστήματα ανακύκλωσης. Συγκεκριμένα συμμετέχουμε σε δύο συστήματα: στην "*****". Τα αντίστοιχα πιστοποιητικά συνυποβάλλονται στην προσφορά μας.». Ωστόσο, σε αντίθεση με όσα αβάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα και σύμφωνα με τους ορθούς ισχυρισμούς που προβάλλει η παρεμβαίνουσα και η αναθέτουσα αρχή,

Αριθμός Απόφασης: 115/2021

από το συνδυασμό των διατάξεων των παρ. 2.2.6, 2.2.7, 2.4.3 της υποπαρ. 2.2.9.1 και του άρθρου 3.2, προκύπτει σαφώς ότι, σε αντίθεση με τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, τα επίμαχα πιστοποιητικά που έχουν εκδοθεί από ανεξάρτητους οργανισμούς και βεβαιώνουν ότι ο οικονομικός φορέας συμμορφώνεται με τα απαιτούμενα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας, καθώς και με τα απαιτούμενα συστήματα η πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης, στο πλαίσιο της τεκμηρίωσης της σχετικής τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητάς του, πρέπει να προσκομιστούν με τον φάκελο των δικαιολογητικών κατακύρωσης και όχι στο στάδιο υποβολής του φακέλου των Δικαιολογητικών Συμμετοχής ή της Τεχνικής Προσφοράς, καθώς για αυτά ισχύει ο κανόνας της προαπόδειξης. Ως εκ τούτου, δηλώνεται μεν η συμμόρφωση του συμμετέχοντος στο υποβαλλόμενο Ε.Ε.Ε.Σ., η υποβολή όμως των σχετικών αποδεικτικών μέσων, δεν γίνεται στο στάδιο της υποβολής της προσφοράς των υποψηφίων, αφού σύμφωνα με τα ρητά οριζόμενα στην υποπαρ. 2.4.3.1 της διακήρυξης και το άρθρο 3.2 αυτής, τα ανωτέρω αποδεικτικά στοιχεία υποβάλλονται αποκλειστικά και μόνο από τον προσωρινό ανάδοχο και όχι από τον οποιονδήποτε συμμετέχοντα οικονομικό φορέα. Τα ανωτέρω δε επιρρωνύονται και από τα αναφερόμενα στη με αριθμό πρωτοκόλλου 949/13.02.2018 Κατευθυντήρια Οδηγία 23 (Απόφαση 3/24.01.2018 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων) με θέμα: «Ειδικά θέματα συμπλήρωσης του Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) και του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ)», όπου στην παρ. 2.1 αυτής με τίτλο «Υποβολή» αναφέρεται ότι: «*Το ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ συνιστά προκαταρκτική απόδειξη ως προς τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού και την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, ανάλογα με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, αντικαθιστώντας την υποχρέωση υποβολής των αντίστοιχων πιστοποιητικών.*

Κατά συνέπεια, οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν, κατά την υποβολή του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ, και την παράλληλη υποβολή των σχετικών πιστοποιητικών/δικαιολογητικών, διότι με τον τρόπο αυτό παρακάμπτεται ο ως άνω κανόνας της προαπόδειξης, που εισάγει ο ν. 4412/2016, με την

Αριθμός Απόφασης: 115/2021

υποβολή του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ και προκαλείται πρόσθετο διοικητικό βάρος στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων.

Επισημαίνεται, ωστόσο, ότι εάν οι οικονομικοί φορείς υποβάλουν αυτοβούλως στον φάκελο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» -πέραν του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ- ένα ή περισσότερα από τα σχετικά πιστοποιητικά/δικαιολογητικά, η εν λόγω υποβολή δεν αποτελεί λόγο απόρριψης της προσφοράς και αποκλεισμού του προσφέροντος, η δε αναθέτουσα αρχή δεν ελέγχει τα εν λόγω δικαιολογητικά στην παρούσα φάση.». Ως εκ τούτου, είναι σαφές ότι ουδείς συμμετέχων οικονομικός φορέας και προφανώς ούτε και η παρεμβαίνουσα, όφειλε να προσκομίσει κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της, όσα προαποδεικτικώς δηλώνει στο Ε.Ε.Ε.Σ. για την πλήρωση εκ μέρους της των κριτηρίων επιλογής και δη της τεχνικής και επαγγελματικής του επάρκειας, βάσει των παρ. 2.2.6 και 2.2.7. Έτι περαιτέρω, από τα σχετικά έγγραφα που σε υπέβαλε η παρεμβαίνουσα, καίτοι δεν υποχρεούτο προς τούτο στο παρόν στάδιο του διαγωνισμού και επικαλείται προς απόδειξη των ισχυρισμών της η προσφεύγουσα (βλ. συνημμένο στην προσφορά της παρεμβαίνουσας ηλεκτρονικό αρχείο με τίτλο «22.*****», σελ. 90), προκύπτει η πλήρωση του κριτηρίου της παρ. 2.2.6 περίπτωση Δ) της διακήρυξης, υπό την έννοια της υποβολής ισοδύναμων με το *****. Ως εκ περισσού δε, πρέπει να επισημανθεί ότι, κατόπιν των ανωτέρω γενόμενων παραδοχών, απορριπτέος κρίνεται και ο δεύτερος προβαλλόμενος ισχυρισμός της προσφεύγουσας, καθώς, όπως βάσιμα υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα και σύμφωνα με το άρθρο 104 παρ.1 του Ν. 4412/2016 (πρβλ. και το άρθρο 2.4 της διακήρυξης), όπως άλλωστε αναφέρεται και ανωτέρω στη σκέψη 19 της παρούσας, το δικαίωμα συμμετοχής κρίνεται, μεταξύ άλλων, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του υποψηφίου και όχι κατά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών. Εν προκειμένω, κατά τον χρόνο υποβολής της παρεμβαίνουσας, ήτοι στις 21.08.2020, το επίμαχο πιστοποιητικό της εταιρείας «*****» ήταν πράγματι σε ισχύ, καίτοι η ισχύς του έληγε στις 24.08.2020. Ανεξάρτητα συνεπώς, από την πληττόμενη ορθότητα της ενέργειας της αναθέτουσας αρχής να αιτηθεί διευκρινίσεις επί του ανωτέρω υποβληθέντος εγγράφου, (όπως το

Αριθμός Απόφασης: 115/2021

αίτημα αυτό κοινοποιήθηκε στην παρεμβαίνουσα, μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 20.10.2020 και η παρεμβαίνουσα ανταποκρίθηκε άμεσα και δη αυθημερόν σε αυτό, υποβάλλοντας συνημμένα το επικαιροποιημένο *****, με ημερομηνία λήξης της ισχύος του την 24.08.2023), γεγονός που κατ' αρχήν δεν φαίνεται να αμφισβητείται, είναι σαφές ότι το αίτημα παροχής διευκρινίσεων αφορούσε σε κάθε περίπτωση, έγγραφο, το οποίο δεν ήταν αξιολογητέο στο παρόν διαγωνιστικό στάδιο, όπως άλλωστε ομολογεί και η ίδια η Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού. Εξάλλου, όπως ορθά επισημαίνει και η ίδια η παρεμβαίνουσα, έχει ήδη στην κατοχή της το ανανεωμένο υπό κρίση πιστοποιητικό, με έναρξη ημερομηνίας ισχύος του την 25.08.2020, όπως το υπέβαλε ενώπιον της αναθέτουσας αρχής στις 20.10.2020 και σε περίπτωση που ανακηρυχθεί προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού, θα είναι αναμφισβήτητα σε θέση να προσκομίσει αυτό (ενέργεια στην οποία κατά τα φαινόμενα θα προέβαινε ούτως ή άλλως αυτοβούλως, εφόσον πράγματι διέθετε κατά πάντα χρόνο, το επίμαχο επικαιροποιημένο πιστοποιητικό και πράγματι υπέβαλε αυτό στα πλαίσια παροχής διευκρινίσεων), ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, οπότε, τα δύο έγγραφα θα εμφανίζονται να τελούν σε νοηματική και χρονική μεταξύ τους, συνέχεια, καλύπτοντας όλα τα διαγωνιστικά στάδια, ήτοι από την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, μέχρι και τον χρόνο που τυχόν αυτή θα κληθεί να υποβάλλει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, εφόσον ανακηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού, χωρίς να μπορεί να υποστηριχθεί βάσιμα ότι, ακόμα και με το εξεταζόμενο αίτημα παροχής διευκρινίσεων της αναθέτουσας αρχής, παραβιάστηκε η αρχή της ισότιμης μεταχείρισης και της διαφάνειας μεταξύ των διαγωνιζομένων, καθώς το επίμαχο έγγραφο δεν προσκομίστηκε σε αντικατάσταση ελλείποντος εγγράφου, προσδίδοντας ούτως αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στην προσφορά της παρεμβαίνουσας, έναντι της προσφοράς της προσφεύγουσας. Τα ανωτέρω δε πραγματικά περιστατικά αναφέρονται απερίφραστα και βεβαιώνονται πέραν πάσης αμφιβολίας και στο ίδιο το από 01.09.2020 Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, όπως ενσωματώθηκε στην προσβαλλόμενη απόφαση και αποτέλεσε την

αιτιολογία αυτής. Τέλος, δεν μπορεί να γίνει δεκτός ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, όπως εδράζεται στη διατύπωση της υποπαρ. 2.4.3.2 της διακήρυξης υπό «Β.», όπου αναφέρεται ότι: «να επισυναφθούν πιστοποιητικά (του συμμετέχοντος, αλλά και του κατασκευαστή του τελικού προϊόντος), και πλήρη τεκμηριωμένα πιστοποιητικά σήμανσης ****.», καθώς είναι σαφές ότι η ίδια η θέση αυτής στο κείμενο της διακήρυξης, συνηγορεί υπέρ της παραδοχής ότι πρόκειται για πιστοποιητικά που τεκμηριώνουν τα τεχνικά χαρακτηριστικά των προσφερόμενων ειδών και δεν μπορεί να εξαχθεί γενικό συμπέρασμα ότι αφορά το σύνολο των απαιτούμενων να υποβληθούν πιστοποιητικών, όπως το επίμαχο πιστοποιητικό της περίπτωσης Δ) της παρ. 2.2.6 και της παρ. 2.2.7, καθώς το τελευταίο εξακολουθεί να εντάσσεται στο ρυθμιστικό πλαίσιο που διέπει τα αποδεικτικά έγγραφα που τεκμηριώνουν τα απαιτούμενα κριτήρια ποιοτικής επιλογής και δη την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα του προσφέροντος, οπότε παραμένει για αυτό σε ισχύ, ο κανόνας της προαπόδειξης. Συνακόλουθα και σε συνέχεια των ανωτέρω γενόμενων παραδοχών, τόσο ο πρώτος ισχυρισμός της προσφεύγουσας, όπως προβάλλεται στον πρώτο λόγο προσφυγής, περί πλημμελούς συμπλήρωσης του Ε.Ε.Ε.Σ. εκ μέρους της παρεμβαίνουσας, υπό την έννοια της ψευδούς και ανακριβούς δήλωσης σχετικά με την πλήρωση του κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας, καθώς και ο δεύτερος ισχυρισμός αναφορικά με την κατά παράβαση του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, παροχή διευκρινίσεων επί ήδη κατατεθειμένου εγγράφου, κρίνονται αμφότεροι απορριπτέοι. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο πρώτος λόγος της προσφυγής, κρίνεται απορριπτέος στο σύνολό του, ενώ πρέπει να γίνουν δεκτοί οι περί του αντιθέτου προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας.

23.Επειδή, σχετικά με τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση προσφυγής, όπως διεξοδικά αναλύεται στις σελ. 12-13 αυτής, υπό «II. ΛΟΓΟΙ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ». «Β. ΔΕΥΤΕΡΟΣ ΛΟΓΟΣ: ΕΛΜΕΙΨΗ ΑΠΟΔΕΙΞΗΣ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ ΠΡΟΣ ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ/ΠΑΡΑΒΙΑΣΗ ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ» η

προσφεύγουσα επικαλείται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση, είναι παράνομη και άρα ακυρωτέα κατά το μέρος που έκανε αποδεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας, καίτοι η τελευταία δεν συμμορφώθηκε με επί ποινή αποκλεισμού όρους της διακήρυξης. Συγκεκριμένα, διατείνεται η προσφεύγουσα ότι κατά παράβαση των επικαλούμενων από αυτήν διατάξεων της διακήρυξης, η παρεμβαίνουσα δεν απέδειξε τη συμμόρφωσή της με απαιτούμενες τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης, αλλά στην υποβληθείσα από αυτήν τεχνική προσφορά δηλώνει ότι προσφέρει τα είδη που ζητούνται από τη διακήρυξη του διαγωνισμού, όλως αορίστως και χωρίς την απαραίτητη τεκμηρίωση. Ειδικότερα, επικαλείται η προσφεύγουσα ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας δεν συμμορφώνεται με την απαίτηση του «ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Ι – Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικειμένου της Σύμβασης» και συγκεκριμένα με τα οριζόμενα στις τεχνικές προδιαγραφές με α/α 17 και 20 για το Τμήμα 1 του διαγωνισμού. Επί του ανωτέρω, δεύτερου λόγου προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή, με τις προαναφερθείσες απόψεις της, υπό «2. Σχετικά με την με αριθμ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1700/2020 προδικαστική προσφυγή» υποστηρίζει τα ακόλουθα: «[...]. Γ. Ως προς την ΕΛΛΕΙΨΗ ΑΠΟΔΕΙΞΗΣ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ ΠΡΟΣ ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ /ΠΑΡΑΒΙΑΣΗ ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ:

*Τα συστήματα των αναλυτών, σταθεροποιητής τάσης, εκτυπωτής και σύστημα απιονισμένου νερού, τα οποία περιέχονται στην προσφορά της εταιρείας ****, αποτελούν συνοδευτικά των προσφερόμενων αναλυτών και αποδεχόμαστε ότι η εταιρεία δεσμεύεται σύμφωνα με την τεχνική προσφορά της και τις Υπεύθυνες Δηλώσεις που κατέθεσε ότι θα τα παρέχει σύμφωνα με τους Όρους της Διακήρυξης. [...].».* Ομοίως, επί του ίδιου ως άνω δεύτερου λόγου προσφυγής, η παρεμβαίνουσα στις σελ. 14-15 της ασκηθείσας παρέμβασης, υπό «II. Λόγοι απόρριψης της υπό εξέταση προσφυγής», «B. Ως προς την υποτιθέμενη έλλειψη απόδειξης συμμόρφωσης προς Τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης και την υποτιθέμενη παραβίαση αυτών», υποστηρίζει ότι ο εξεταζόμενος λόγος προσφυγής είναι απορριπτέος ως νόμω και ουσία αβάσιμος, για τους λόγους που αναλυτικά εκθέτει στις οικείες σελίδες της παρέμβασής της.

24. Επειδή, ενόψει των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών πρέπει να γίνουν δεκτά τα ακόλουθα. Όπως βάσιμα υποστηρίζουν τόσο η αναθέτουσα αρχή όσο και η παρεμβαίνουσα εταιρεία, δυνάμει της συνδυασμένης ανάγνωσης των επίμαχων όρων της διακήρυξης του διαγωνισμού και δη των τεχνικών προδιαγραφών με α/α 17 και 20 για το Τμήμα 1 του διαγωνισμού, δεν μπορεί να συναχθεί με βεβαιότητα και ούτε άλλωστε και η ίδια η προσφεύγουσα στοιχειοθετεί επαρκώς, σε τι συνίσταται η αποδιδόμενη πλημμέλεια της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας. Όπως βάσιμα διατείνεται η παρεμβαίνουσα και προκύπτει και από την ίδια τη διατύπωση των επίμαχων προδιαγραφών, ο υποψήφιος οικονομικός φορέας, αρκεί να αναλάβει έναντι της αναθέτουσας αρχής τη σχετική δέσμευση να προσφέρει τα αναφερόμενα στις οικείες προδιαγραφές είδη, χωρίς όμως να διαπιστώνεται περαιτέρω κάποια εξειδίκευση ως προς τις απαιτούμενες τεχνικές προδιαγραφές αυτών. Εξάλλου, η προσφεύγουσα, με τον κρινόμενο λόγο προσφυγής, αποδίδει πλημμέλεια στην κατατεθείσα προσφορά της παρεμβαίνουσας, όπως αυτή αποτυπώνεται στο υποβληθέν από αυτήν Φύλλο Συμμόρφωσης (βλ. συνημμένο στην προσφορά της ηλεκτρονικό αρχείο με τίτλο «25.*****»), αναφέροντας ότι δεν γίνεται ειδικότερη μνεία στο ποια είναι τα συστήματα, ήτοι το προσφερόμενο μοντέλο σταθεροποιητή τάσης, ούτε του προσφερόμενου εκτυπωτή, ούτε και του συστήματος απιονισμένου νερού, ενώ κατά την προσφεύγουσα, εσφαλμένα δεν κατατίθενται και τα απαραίτητα *prospectus* από τα οποία να προκύπτουν τα χαρακτηριστικά λειτουργίας του ή/και οι οδηγίες χρήσης τους. Ωστόσο, είναι σαφές από την αδιάστικτη διατύπωση των επίμαχων διατάξεων, ότι σε αντίθεση με τα υποστηριζόμενα από την προσφεύγουσα, δεν τίθενται από τη διακήρυξη οποιεσδήποτε τεχνικές προϋποθέσεις, με τις οποίες όφειλε η παρεμβαίνουσα ή οποιοσδήποτε άλλος συμμετέχων στον διαγωνισμό, να συμμορφωθεί και η παράλειψη αναφοράς τους, καθιστά την προσφορά αυτομάτως απορριπτέα. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο δεύτερος λόγος προσφυγής κρίνεται απορριπτέος ως νόμω και ουσία αβάσιμος, καθώς δεν διαπιστώθηκε έλλειψη συμμόρφωσης της παρεμβαίνουσας με επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς της απαράβατους όρους της διακήρυξης, ενώ πρέπει να γίνουν

δεκτοί οι περί του αντιθέτου προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας.

25. Επειδή, τέλος, αναφορικά με τον τρίτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής, όπως διεξοδικά αναλύεται σε επιμέρους ισχυρισμούς στις σελ. 13-16 αυτής, υπό «II. ΛΟΓΟΙ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ». «B. ΤΡΙΤΟΣ ΛΟΓΟΣ: Παράλειψη της εταιρείας ****», η προσφεύγουσα επικαλείται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση, είναι παράνομη και άρα ακυρωτέα κατά το μέρος που έκανε αποδεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας, καίτοι η τελευταία δεν συμμορφώθηκε με επί ποινή αποκλεισμού όρους της διακήρυξης. Συγκεκριμένα, διατείνεται η προσφεύγουσα ότι κατά παράβαση των επικαλούμενων από αυτήν διατάξεων της διακήρυξης, η παρεμβαίνουσα δεν προσκόμισε την απαιτούμενη πιστοποίηση κατά **** για το προσφερόμενο από αυτήν λογισμικό, ****, καίτοι πρόκειται πράγματι για ιατροτεχνολογικό υλικό, καθώς αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα του προσφερόμενου εξοπλισμού και προορίζεται σύμφωνα με το εγχειρίδιο λειτουργίας του προσφερόμενου **** για κλινικά εργαστήρια και δη για τη διαχείριση δεδομένων σχετικά με δείγματα, την τεχνική επικύρωση, συμπεριλαμβανομένης της αυτόματης αποδέσμευσης, τον έλεγχο ποιότητας (τόσο ποιοτικό όσο και ποσοτικό), τα αποτελέσματα των εξετάσεων και την εισαγωγή τους (τομείς εργασίας εκτός γραμμής), τη διαχείριση αντιδραστηρίων και βαθμονομητή, τα δεδομένα ασθενών, την υποστήριξη της ιατρικής επικύρωσης, την ενοποίηση και αναφορά αποτελεσμάτων και παρέχει τη δυνατότητα διαχείρισης δεδομένων και τη χρήση κανόνων υποστήριξης ελέγχου ποιότητας καθώς και τη δυνατότητα απομακρυσμένης σύνδεσης και υποστήριξης εξ αποστάσεως σε περίπτωση βλαβών και άρα, σύμφωνα με τα ρητά οριζόμενα στην υποπαρ. 2.4.3.2 της διακήρυξης θα έπρεπε να συνοδεύεται από πλήρη και τεκμηριωμένα πιστοποιητικά σήμανσης ****. Επί του ανωτέρω, τρίτου λόγου προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή, με τις προαναφερθείσες απόψεις της, υπό «2. Σχετικά με την με αριθμ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1700/2020 προδικαστική προσφυγή» υποστηρίζει τα ακόλουθα: «[...]. Δ. Ως προς την ΠΑΡΑΛΕΙΨΗ ΤΗΣ ΕΤΑΙΡΙΑΣ *****:

Αποδεχόμαστε το πιστοποιητικό ποιότητας που εκδόθηκε από την εταιρεία ****[...].». Ομοίως, επί του ίδιου ως άνω τρίτου λόγου προσφυγής, η παρεμβαίνουσα στις σελ. 15-19 της ασκηθείσας παρέμβασης, υπό «II. Λόγοι απόρριψης της υπό εξέταση προσφυγής», «Γ. Ως προς την υποτιθέμενη παράλειψη υποβολής των δήθεν απαιτούμενων πιστοποιητικών **** για το προσφερόμενο λογισμικό *****», υποστηρίζει ότι ο εξεταζόμενος λόγος προσφυγής είναι απορριπτέος ως νόμω και ουσία αβάσιμος, για τους λόγους που αναλυτικά εκθέτει στις οικείες σελίδες της παρέμβασής της.

26. Επειδή, κατόπιν των ως άνω εκτεθέντων ισχυρισμών, πρέπει να γίνουν δεκτά τα ακόλουθα: Όπως υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα, καθώς η αναθέτουσα αρχή δεν προβάλλει κάποιον ουσιαστικό ισχυρισμό προς αντίκρουση των υποστηριζόμενων από την προσφεύγουσα με τον τρίτο λόγο προσφυγής, σύμφωνα με το άρθρο 1, παρ. 1 έως και 2, της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ, όπως ισχύει, «...η παρούσα οδηγία εφαρμόζεται στα ιατροτεχνολογικά προϊόντα και στα εξαρτήματά τους [...] 2. Για τους σκοπούς της παρούσας οδηγίας, νοούνται ως: α) «ιατροτεχνολογικό προϊόν»: κάθε όργανο, συσκευή, εξοπλισμός, λογισμικό, υλικό ή άλλο είδος χρησιμοποιούμενο μόνο ή σε συνδυασμό, συμπεριλαμβανομένου και του λογισμικού που προορίζεται από τον κατασκευαστή του να χρησιμοποιείται ειδικά για διάγνωση ή/και θεραπεία και είναι αναγκαίο για την ορθή εφαρμογή του ιατροτεχνολογικού προϊόντος, το οποίο προορίζεται από τον κατασκευαστή να χρησιμοποιείται στον άνθρωπο για σκοπούς: — διάγνωσης, πρόληψης, παρακολούθησης, θεραπείας ή ανακούφισης ασθένειας, — διάγνωσης, παρακολούθησης, θεραπείας, ανακούφισης ή επανόρθωσης τραύματος ή αναπηρίας, — διερεύνησης, αντικατάστασης ή τροποποίησης της ανατομίας ή μιας φυσιολογικής λειτουργίας, — ελέγχου της σύλληψης, και του οποίου η κύρια επιδιωκόμενη δράση εντός ή επί του ανθρώπινου σώματος δεν επιτυγχάνεται με φαρμακολογικά ή ανοσολογικά μέσα ούτε μέσω του μεταβολισμού, αλλά του οποίου η λειτουργία μπορεί να υποβοηθείται από τα μέσα αυτά...» (βλ. και το άρθρο 1, παρ. 2, υποπαρ. 2.1, περ. α', της με αρ. ΔΥ8δ/Γ.Π.οικ.130648/30.09.2009 (ΦΕΚ Β'

2198) Κ.Υ.Α. περί εναρμόνισης της εθνικής νομοθεσίας με τις διατάξεις της εν λόγω Οδηγίας, όπως ισχύει), ενώ συναφώς, το άρθρο 2, παρ. 1, του Κανονισμού 2017/745/ΕΕ, ο οποίος καταργεί την παραπάνω Οδηγία 93/42/ΕΟΚ, όπως ισχύει, προβλέπει αντίστοιχα ότι «...για τους σκοπούς του παρόντος κανονισμού, ισχύουν οι ακόλουθοι ορισμοί: 1) ως «ιατροτεχνολογικό προϊόν» νοείται κάθε όργανο, συσκευή, εξοπλισμός, λογισμικό, εμφύτευμα, αντιδραστήριο, υλικό ή άλλο αντικείμενο το οποίο προορίζεται από τον κατασκευαστή να χρησιμοποιηθεί, μόνο του ή σε συνδυασμό, στον άνθρωπο για έναν ή περισσότερους από τους ακόλουθους συγκεκριμένους ιατρικούς σκοπούς:

— διάγνωση, πρόληψη, παρακολούθηση, πρόβλεψη, πρόγνωση, θεραπεία ή ανακούφιση ασθένειας, — διάγνωση, παρακολούθηση, θεραπεία, ανακούφιση ή επανόρθωση τραύματος ή αναπηρίας, — διερεύνηση, αντικατάσταση ή τροποποίηση της ανατομίας ή μιας φυσιολογικής ή παθολογικής λειτουργίας ή κατάστασης, — παροχή πληροφοριών χάρη σε *in vitro* εξέταση δειγμάτων, προερχόμενων από το ανθρώπινο σώμα, συμπεριλαμβανομένων της αιμοδοσίας και της δωρεάς οργάνων και ιστών, και του οποίου η κύρια επιδιωκόμενη δράση, εντός ή επί του ανθρώπινου σώματος, δεν επιτυγχάνεται με φαρμακολογικά ή ανοσολογικά μέσα ούτε μέσω του μεταβολισμού αλλά του οποίου η λειτουργία μπορεί να υποβοηθείται από τέτοια μέσα...», επισημαίνοντας παράλληλα η παρεμβαίνουσα ότι από τις ίδιες τις επικαλούμενες από αυτήν, ως άνω διατάξεις, προκύπτει σαφώς ότι στο πεδίο εφαρμογής των εν λόγω νομοθετημάτων περί ιατροτεχνολογικών προϊόντων εμπίπτει αποκλειστικά και μόνο κάθε όργανο, συσκευή κ.λπ., συμπεριλαμβανομένου του λογισμικού, το οποίο, όμως, προορίζεται από τον ίδιο τον κατασκευαστή του να χρησιμοποιείται εντός ή επί του ανθρώπινου σώματος για συγκεκριμένους ιατρικούς σκοπούς. Συνεπώς, κατά την παρεμβαίνουσα, εάν ο ίδιος ο κατασκευαστής του προϊόντος δεν το προορίζει για την παραπάνω χρήση, το εν λόγω προϊόν, ακόμα και εάν είναι λογισμικό, δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των παραπάνω κανόνων. Το αυτό εξάλλου συμπέρασμα εξάγεται ασφαλώς και από τη διατύπωση του άρθρου 1, παρ. 1

έως 2 της Οδηγίας 98/79/ΕΚ, όπως ισχύει και η οποία ορίζει ότι: «...η παρούσα οδηγία εφαρμόζεται στα ιατροτεχνολογικά βοηθήματα που χρησιμοποιούνται στη διάγνωση *in vitro* καθώς και στα εξαρτήματά τους [...]. Για τους σκοπούς της παρούσας οδηγίας, νοούνται ως: α) «ιατροτεχνολογικό βοήθημα»: κάθε όργανο, συσκευή, εξοπλισμός, υλικό ή άλλο είδος χρησιμοποιούμενο μόνο ή σε συνδυασμό, συμπεριλαμβανομένου του λογισμικού που απαιτείται για την ορθή λειτουργία του, το οποίο προορίζεται από τον κατασκευαστή να χρησιμοποιείται στον άνθρωπο για σκοπούς: — διάγνωσης, πρόληψης, παρακολούθησης, θεραπείας ή ανακούφισης ασθένειας, — διάγνωσης, παρακολούθησης, θεραπείας, ανακούφισης ή επανόρθωσης τραύματος ή αναπηρίας, — διερεύνησης, αντικατάστασης ή τροποποίησης της ανατομίας ή μιας φυσιολογικής λειτουργίας, — ελέγχου της σύλληψης και του οποίου η κύρια επιδιωκόμενη δράση εντός ή επί του ανθρώπινου σώματος δεν επιτυγχάνεται με φαρμακολογικά ή ανοσολογικά μέσα ούτε μέσω του μεταβολισμού, αλλά του οποίου η λειτουργία μπορεί να υποβοηθείται από τα μέσα αυτά· β) «ιατροτεχνολογικό βοήθημα που χρησιμοποιείται για διάγνωση *in vitro*»: κάθε ιατροτεχνολογικό βοήθημα που αποτελεί αντιδραστήριο, αντιδρών προϊόν, μέσο βαθμονόμησης, υλικό ελέγχου, διαγνωστικό σύνολο (*kit*), όργανο, συσκευή, εξοπλισμό ή σύστημα, χρησιμοποιείται μόνο ή σε συνδυασμό, και προορίζεται από τον κατασκευαστή να χρησιμοποιείται *in vitro* για την εξέταση δειγμάτων που προέρχονται από το ανθρώπινο σώμα, συμπεριλαμβανομένης της αιμοδοσίας και ιστοδοσίας, με αποκλειστικό ή κύριο σκοπό την παροχή πληροφοριών: — όσον αφορά φυσιολογικές ή παθολογικές καταστάσεις ή — όσον αφορά συγγενείς ανωμαλίες ή — που να επιτρέπουν τον προσδιορισμό της ασφαλείας και της συμβατότητας με δυνητικούς αποδέκτες ή — που να επιτρέπουν την παρακολούθηση θεραπευτικών μέτρων...» (βλ. και το άρθρο 1, παρ. 1 έως και 2, της με αρ. ΔΥ8δ/οικ.3607/892/23.07.2001 (ΦΕΚ Β' 1060) Κ.Υ.Α. περί εναρμόνισης της εθνικής νομοθεσίας με τις διατάξεις της εν λόγω Οδηγίας, όπως ισχύει). Σε αντίθεση με τις ως άνω ρητές προβλέψεις των εν λόγω νομοθετημάτων, εθνικών και ενωσιακών, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι: «[...]. *Εν προκειμένω, όπως προκύπτει από την προσφορά μας (βλ., ιδίως,*

τον υποβληθέντα Οδηγό Χρήσης, σελ. 9 επ.), το παραπάνω λογισμικό δεν αποτελεί λογισμικό των προσφερόμενων αναλυτών, ούτε προορίζεται να χρησιμοποιηθεί *in vitro* για την εξέταση δειγμάτων που προέρχονται από το ανθρώπινο σώμα ή εν γένει για ιατρικούς σκοπούς εντός ή επί του ανθρώπινου σώματος. Αντιθέτως, το λογισμικό ***** αποτελεί απλώς ένα αυτοτελές και αυτόνομο λογισμικό μηχανοργάνωσης που μπορεί να χρησιμοποιήσει γενικώς το εργαστήριο, για διευκόλυνσή του, ως προς την εν γένει μηχανοργάνωσή του. Αυτήν την έννοια έχει, άλλωστε, η αναφορά στην προσφορά μας (βλ. σελ. 10 του υποβληθέντα Οδηγού Χρήσης) ότι το προσφερόμενο λογισμικό «προορίζεται για κλινικά εργαστήρια». Σε αντίθεση, δηλαδή, με όσα εσφαλμένα προβάλλει η προσφεύγουσα, η ύπαρξη του εν λόγω λογισμικού δεν αποτελεί προϋπόθεση για την ορθή διεξαγωγή όλων των εξετάσεων και για τη λειτουργία των προσφερόμενων αναλυτών και σε καμία περίπτωση δεν αποτελεί μέρος των εν λόγω αναλυτών, όπως προδήλως αορίστως και αυθαιρέτως ισχυρίζεται η *****. Εξάλλου, όπως προαναφέρθηκε, το προσφερόμενο λογισμικό ουδόλως προορίζεται από τον κατασκευαστή του να χρησιμοποιηθεί *in vitro* για την εξέταση δειγμάτων που προέρχονται από το ανθρώπινο σώμα ή εν γένει για ιατρικούς σκοπούς εντός ή επί του ανθρώπινου σώματος.

Συνεπώς, το παραπάνω λογισμικό δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των παραπάνω κανόνων, ήτοι της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ και του Κανονισμού 2017/745/ΕΕ, αφενός, ή της Οδηγίας 98/79/ΕΚ, αφετέρου. Κατά τούτο, ουδεμία υποχρέωση υπείχε η εταιρία μας να καταθέσει σχετικό πιστοποιητικό **** σύμφωνα με το άρθρο 2.4.3.2 της Διακήρυξης («...Επιπλέον θα πρέπει: [...] Β. να επισυναφθούν πιστοποιητικά (του συμμετέχοντος, αλλά και του κατασκευαστή του τελικού προϊόντος), και πλήρη τεκμηριωμένα πιστοποιητικά σήμανσης ****...»), τα δε περί του αντιθέτου προβαλλόμενα από την ***** είναι απορριπτέα ως νόμω αβάσιμα. [...]». Εντούτοις, όπως βάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα με την προσφυγή της και συμπληρώνει με το υποβληθέν από αυτήν υπόμνημα, «[...] Το λογισμικό **** αποτελεί τμήμα του προσφερόμενου αναλυτή που είναι οι **ΟΜΩΝΥΜΟΙ αναλυτές *******. Το προσφερόμενο λογισμικό δεν είναι ένα αυτόνομο λογισμικό που κατασκευάστηκε για λόγους

μηχανοργάνωσης, αλλά είναι το λογισμικό που κατασκευάστηκε **ΑΚΡΙΒΩΣ ΜΕ ΤΗ ΣΕΙΡΑ ΤΩΝ ****** για τη διασφάλιση της λειτουργίας τους με βάση τις ανάγκες των εργαστηρίων, όπου τοποθετούνται οι αναλυτές. Πέραν όλων των αναφορών του εγχειριδίου λειτουργίας του λογισμικού που παρατίθενται στην ένδικη προσφυγή μας (σελ. 14-15), παραθέτουμε κατωτέρω αυτούσιο απόσπασμα του prospectus του λογισμικού ****, από το οποίο αποδεικνύεται ότι δεν αποτελεί απλό λογισμικό μηχανοργάνωσης, αφού:

-Παρέχει σχόλια ανάλογα με τα αποτελέσματα των εξετάσεων, όπως ακριβώς κάνει και ο ** στην διάγνωση που παρέχει: support clinical validation by adding comments.**

-Ζητάει αυτόματα επανάληψη της ίδιας εξέτασης ή πραγματοποίηση άλλης εξέτασης ανάλογα με τα αποτελέσματα, όπως ακριβώς κάνει και ο ** στην διάγνωση που παρέχει: proposing or even automating retesting. Συγκεκριμένα το λογισμικό ζητά αυτόματα επανάληψη εξέτασης ανάλογα με το πρώτο αποτέλεσμα, αραιώση δείγματος ανάλογα με το πρώτο αποτέλεσμα και πολύ περισσότερο ζητάει μία καινούργια εξέταση με βάση αποτελέσματα άλλων εξετάσεων.**

-Απελευθερώνει (δηλαδή παρέχει κλινική επιβεβαίωση) τα αποτελέσματα προς τις κλινικές, όπως ακριβώς κάνει και ο **: (release in clinical validation).**

Κατά συνέπεια ΔΕΝ αποτελεί ένα απλό λογισμικό μηχανοργάνωσης, αλλά είναι *medical device*****, ήτοι ιατροτεχνολογικό προϊόν.

[...].

4. Από όλα τα ανωτέρω προκύπτει ότι το λογισμικό **** είναι ιατροτεχνολογικό προϊόν και μέρος του προσφερόμενου αναλυτικού συστήματος των προσφερόμενων από τη ***** στο φάκελο της τεχνικής προσφοράς. Κατά συνέπεια πρέπει να ακυρωθεί η συμπληρωματική αιτιολογία της Αναθέτουσας Αρχής και να γίνει αποδεκτή η προσφυγή μας. [...]». Όπως συνεπώς, εξάγεται ως συμπέρασμα από τους ανωτέρω ισχυρισμούς, το προσφερόμενο εκ μέρους της παρεμβαίνουσας, λογισμικό, δεν αποτελεί απλώς ένα αυτοτελές και αυτόνομο λογισμικό μηχανοργάνωσης που μπορεί να χρησιμοποιήσει γενικώς

το εργαστήριο, για διευκόλυνσή του, ως προς την εν γένει μηχανοργάνωσή του, όπως όλως αβάσιμα διατείνεται, αλλά στην πραγματικότητα, ενόψει των τεχνικών χαρακτηριστικών του και των δυνατοτήτων του, όπως παρατίθενται στις ίδιες τις οδηγίες χρήσης του εν λόγω λογισμικού (βλ. συνημμένο με την προσφορά της παρεμβαίνουσας ηλεκτρονικό αρχείο με τίτλο «26.*****»), το τελευταίο μπορεί πράγματι να εκτελέσει λειτουργίες, οι οποίες εμπίπτουν στο ρυθμιστικό πλαίσιο των ανωτέρω Οδηγιών και συνεπώς, προσδίδουν στο επίμαχο λογισμικό τον χαρακτήρα του «ιατροτεχνολογικού προϊόντος», υπό την έννοια που αναφέρθηκε παραπάνω. Ως εκ τούτου, απαιτείται και για αυτό η πιστοποίηση ****, βάσει των ρητά οριζόμενων στην υποπαρ. 2.4.3.2. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο τρίτος λόγος προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως νόμω και ουσία βάσιμος, ενώ κρίνονται απορριπτέοι οι περί του αντιθέτου προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας.

27. Επειδή, κατ' ακολουθίαν πρέπει να γίνει δεκτή η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή.

28. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

29. Επειδή, πρέπει να απορριφθεί η ασκηθείσα παρέμβαση.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει τη με αριθμό πρωτοκόλλου *****, δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε η αποδοχή του από 01.09.2020 Πρακτικού Αποσφράγισης και Αξιολόγησης των Δικαιολογητικών Συμμετοχής και των Τεχνικών Προδιαγραφών της Επιτροπής του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που έκανε

Αριθμός Απόφασης: 115/2021

αποδεκτή για το Τμήμα 1 του διαγωνισμού την προσφορά της εταιρείας «****» και ήδη παρεμβαίνουσας, σύμφωνα με το σκεπτικό της παρούσας.

Απορρίπτει την ασκηθείσα παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του παραβόλου, ποσού δεκατριών χιλιάδων ευρώ (13.000,00 €).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 30 Δεκεμβρίου 2020 και εκδόθηκε στις 19 Ιανουαρίου 2021 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Χρυσάνθη Ζαράρη

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Ελένη Λεπίδα