

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 1 Οκτωβρίου 2019 με την εξής σύνθεση:
Άννα Χριστοδουλάκου, Πρόεδρος, Ευαγγελία Μιχολίτση και Μιχαήλ Οικονόμου,
Μέλη (υπ' αριθμ. 56/2019 Πράξη του Προέδρου της Α.Ε.Π.Π.).

Για να εξετάσει

A) την από 02.09.2019 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1093/03.09.2019 της προσφεύγουσας εταιρίας με την επωνυμία «.....» με διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στη (εφεξής «πρώτη προσφεύγουσα») όπως νόμιμα εκπροσωπείται

Κατά της αναθέτουσας αρχής με την επωνυμία, εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή», όπως νόμιμα εκπροσωπείται και κατά

Της παρεμβαίνουσας επί της πρώτης προσφυγής με την επωνυμία «.....» (διακριτικός τίτλος: «.....»), που εδρεύει στην οδό

Με την πρώτη προδικαστική προσφυγή η πρώτη προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθ. 17/14^η 720.8.2019 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου τουκατά το μέρος που έκρινε αποδεκτή την τεχνική προσφορά που υπέβαλε η εταιρεία «.....» στον διεθνή ηλεκτρονικό ανοικτό διαγωνισμό που προκήρυξε με την υπ' αριθ.διακήρυξή του, όσον αφορά ειδικότερα το τμήμα 1 (τέσσερις αυτόματοι Βιοχημικοί αναλυτές υγράς χημείας μεσαίας παραγωγικότητας) και να της επιστραφεί το κατατεθέν υπό τον κωδ. αριθ.παράβολο ποσού 991,10 €.

Με την παρέμβαση της, η παρεμβαίνουσα επί της πρώτης προσφυγής επιδιώκει την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής της πρώτης προσφεύγουσας

B) Την από 02.09.2019 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1094/03.09.2019 της προσφεύγουσας εταιρίας με

την επωνυμία «.....» (διακριτικός τίτλος: «.....») (εφεξής «δεύτερη προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην οδό, όπως νόμιμα εκπροσωπείται

Κατά της αναθέτουσας αρχής με την επωνυμία, εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή», όπως νόμιμα εκπροσωπείται και κατά

Της παρεμβαίνουσας επί της δεύτερης προσφυγής με την επωνυμία «.....» με διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στη όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την δεύτερη προδικαστική προσφυγή η δεύτερη προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθούν, ολικά ή μερικά, οι προσβαλλόμενες πράξεις, ήτοι: η προαναφερθείσα από 20.08.2019 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου (14^η Τακτική Συνεδρίαση- Θέμα 17^ο) της Αναθέτουσας Αρχής, μόνο κατά το μέρος ως προς το οποίο την βλάπτει, δηλαδή μόνο κατά το μέρος ως προς το οποίο με την απόφαση αυτή, γίνεται δεκτή η προσφορά της «.....» και αναδεικνύεται αυτή προσωρινός ανάδοχος, ως προς το Τμήμα 1 του Διαγωνισμού, κάθε άλλη συναφής, προγενέστερη ή μεταγενέστερη, πράξη ή παράλειψη.

Με την παρέμβασή της, η παρεμβαίνουσα επί της δεύτερης προσφυγής επιδιώκει να απορριφθεί η προδικαστική προσφυγή της δεύτερης προσφεύγουσας.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον εισηγητή Μιχαήλ Οικονόμου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αριθμ.διακήρυξη της Αναθέτουσας Αρχής, προκηρύχθηκε ΑΝΟΙΚΤΟΣ ΚΑΤΩ ΤΩΝ ΟΡΙΩΝ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟΣ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΣ ΓΙΑ ΤΗΝ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ Αντικείμενο της σύμβασης είναι η προμήθεια «.....» Τα προς προμήθεια είδη κατατάσσονται στους ακόλουθους κωδικούς του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων CPV :..... Η σύμβαση υποδιαιρείται στα κάτωθι τμήματα: ΤΜΗΜΑ 1: «.....», εκτιμώμενης αξίας 198.220,43 € πλέον ΦΠΑ. ΤΜΗΜΑ 2: «», εκτιμώμενης αξίας 3.200,00 πλέον ΦΠΑ. Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 249.761,33€

Αριθμός Απόφασης: 1200,1201/2019

συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ: 201.420,43€, αξία ΦΠΑ 24% : 48.340,90€). Η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται σε δώδεκα (12) μήνες. Η δε Διακήρυξη αναρτήθηκε στην πλατφόρμα του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (στο εξής: «ΕΣΗΔΗΣ»), με Α/Α Συστήματος, ενώ δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 18/04/2019 με ΑΔΑΜ

2. Επειδή, συναφώς, με την από 20.08.2019 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου (14^η Τακτική Συνεδρίαση- Θέμα 17^ο) της Αναθέτουσας Αρχής αποφασίστηκε η έγκριση των 1^{ου} και 2^{ου} Πρακτικών της Επιτροπής του Διαγωνισμού και, κατά συνέπεια, η αποδοχή ως παραδεκτών και των δύο προσφορών, καθώς και, αφενός, η ανάδειξη της πρώτης προσφεύγουσας ως προσωρινού αναδόχου για το Τμήμα 1 (.....) του Διαγωνισμού, αξίας 198.220,43 € (χωρίς ΦΠΑ), και της δεύτερης προσφεύγουσας ως προσωρινού αναδόχου για το Τμήμα 2 (.....) του Διαγωνισμού. Η εν λόγω απόφαση αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ στις 22.08.2019.

3. Επειδή, για την άσκηση της πρώτης κρινόμενης προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο κατά τις διατάξεις του άρθρου 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικόκαι η από 30.8.2019 πράξη εξόφλησής του), δεσμευμένο, όπως προκύπτει από την εκτύπωση της σχετικής σελίδας της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων), ποσού 991,10 €, δεδομένου ότι η προσφυγή αφορά το προαναφερόμενο Τμήμα 1 του διαγωνισμού.

4. Επειδή, για την άσκηση της δεύτερης κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο, ύψους 1.010,00 € (βλ. το με Κωδικό ηλεκτρονικό παράβολο, αντίστοιχη εκτύπωση οθόνης από την ιστοσελίδα www.gsis.gr, στην οποία εμφανίζεται το παραπάνω παράβολο ως «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»- και την αντίστοιχη εκτύπωση οθόνης από το ηλεκτρονικό σύστημα της Τράπεζας, στις οποίες εμφανίζεται η από 2/9/2019 πληρωμή του παραπάνω παραβόλου). Εντούτοις, το νομίμως απαιτούμενο παράβολο, πρέπει να υπολογιστεί με βάση τον προϋπολογισμό χωρίς ΦΠΑ της αξίας των τμημάτων σχετικά με τα οποία

Αριθμός Απόφασης: 1200,1201/2019

ασκείται η προδικαστική προσφυγή.Εν προκειμένω, ο προϋπολογισμός του Τμήματος 1 της Διακήρυξης, στο οποίο αφορά η υπό εξέταση προσφυγή, ανέρχεται στο ποσό των 198.220,43 € χωρίς Φ.Π.Α, συνεπώς το αναλογούν απαιτούμενο παράβολο ανέρχεται στο ποσό των 990,10 € (198.220,43 € Χ 0,50%). Ήτοι, η δεύτερη προσφεύγουσα κατέβαλε 19,90 € επιπλέον του νομίμως απαιτούμενου παραβόλου. Συνεπώς, το επιπλέον καταβληθέν παράβολο, ύψους 19,90 € πρέπει, σε κάθε περίπτωση, να επιστραφεί στην δεύτερη προσφεύγουσα (πρβλ ΕΑ ΣΤΕ 184/2017).

5. Επειδή, αμφότερες οι υπό εξέταση προσφυγές, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2018, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 61 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.

6. Επειδή, η πρώτη υπό κρίση προσφυγή έχει κατατεθεί νομίμως και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017, καθώς η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 22/08/2019, οπότε και έλαβε γνώση αυτής η προσφεύγουσα, όπως άλλωστε και η ίδια δηλώνει και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 02.09.2019, ημέρα Δευτέρα, κοινοποιήθηκε, δε, από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν.

7. Επειδή, η ως άνω σκέψη προσήκει απαραίλλαχτη και για την δεύτερη κρινόμενη προδικαστική προσφυγή.

8. Επειδή, αμφότερες οι παρεμβάσεις έχουν ασκηθεί εμπροθέσμως, δια καταθέσεως στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 16.09.2019, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση αμφοτέρων των υπό εξέταση προσφυγών προς τους διαγωνιζόμενους μέσω του συστήματος

Αριθμός Απόφασης: 1200,1201/2019

επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1περ. α) του Π.Δ. 39/2017, στις 06.09.2019. Αμφότερες οι ως άνω παρεμβάσεις κοινοποιήθηκαν στην Α.Ε.Π.Π. από τις παρεμβαίνουσες μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 16.09.2019.

9. Επειδή, με το υπ' αριθμ. πρωτ. 11713/16.09.2019 έγγραφό της, που διαβιβάστηκε στην Α.Ε.Π.Π. στις 16/09/2019 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, καθώς και μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε τις απόψεις της επί της πρώτης υπό εξέταση προσφυγής της Τις ως άνω απόψεις της η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε στους διαγωνιζόμενους μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, στις 20/09/2019. Επί των ως άνω απόψεων της αναθέτουσας αρχής η κατέθεσε νομίμως και εμπροθέσμως υπόμνημα ενώπιον της ΑΕΠΠ.

10. Επειδή, με το υπ' αριθμ. πρωτ. 11845/19.09.2019 έγγραφό της, που διαβιβάστηκε στην Α.Ε.Π.Π. στις 19/09/2019 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, καθώς και μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε τις απόψεις της επί της δεύτερης υπό εξέταση προσφυγής της Τις ως άνω απόψεις της η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε στους διαγωνιζόμενους μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, στις 20/09/2019. Επί των ως άνω απόψεων της αναθέτουσας η κατέθεσε νομίμως και εμπροθέσμως υπόμνημα ενώπιον της ΑΕΠΠ.

11. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 346 του ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε από το άρθρο 107 παρ. 49 του ν. 4497/2017 (Α'171), «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 2 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 ... 2. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από απόφαση της ΑΕΠΠ επί

προδικαστικής προσφυγής του άρθρου 360, μπορεί να ασκήσει αίτηση για την αναστολή εκτέλεσης και αίτηση για την ακύρωση της απόφασής της ενώπιον των αρμόδιων δικαστηρίων, σύμφωνα με το άρθρο 372. ... ». Κατά την έννοια των διατάξεων αυτών το θεσπιζόμενο με το ν. 4412/2016 σύστημα παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης συμβάσεων του νόμου αυτού, σκοπεύει στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι ανωτέρω συμβάσεις από βλάβη την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν, εξαιτίας πιθανολογούμενης παράβασης, εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής ή της Α.Ε.Π.Π., της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας.

12. Επειδή, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η δεύτερη προδικαστική προσφυγή δεδομένου ότι με την προσβαλλόμενη η δεύτερη προσφεύγουσα κατετάγη δεύτερη στην κατατάξη. Ειδικότερα η, ως προσφέρων του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή, θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης απόφασης, ως προς το μέρος που αφορά στη νόμιμη αποδοχή των προσφορών των συνυποψήφιων αυτού και εν προκειμένω στη ζημία του από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς τους (βλ. ΕΑ ΣτΕ 1216/2006, πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

13. Επειδή, συνακόλουθα, η παρέμβαση επί της προσφυγής της ασκείται μετ' εννόμου συμφέροντος, επιδιώκοντας τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, κατά το μέρος που με αυτήν εξεδόθη ευμενής διοικητική πράξη για την παρεμβαίνουσα, ήτοι έγινε δεκτή η προσφορά της και ανεδείχθη αυτή προσωρινή ανάδοχος.

14. Επειδή, έχει κριθεί ότι διαγωνιζόμενος ο οποίος έχει ανακηρυχθεί προσωρινός μειοδότης της υπό ανάθεση σύμβασης, ως έχων υποβάλει τη χαμηλότερη οικονομική προσφορά, δεν έχει, κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής και κατ' επέκταση, για την άσκηση αναστολής εκτέλεσης, κατά της αποδοχής της προσφοράς άλλου

Αριθμός Απόφασης: 1200,1201/2019

διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα που κατετάγη μετά από αυτόν στον πίνακα οικονομικών προσφορών (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 358, 356/2016, 714,2012, ΔΕΦΑΘ 276/2019).

15. Επειδή, λίαν προσφάτως εκρίθη (ΣΤΕ 1573/2019) ότι «σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και 7 του π.δ/τος 39/2017 (Α' 33), η ενώπιον της ΑΕΠΠ παρέμβαση ασκείται προς διατήρηση του κύρους της προσβαλλόμενης με την ενώπιόν της προδικαστικής προσφυγή πράξης, η εξέταση επί της ουσίας των προβαλλόμενων από την ήδη αιτούσα με την παρέμβασή της ενώπιον της ΑΕΠΠ αιτιάσεων κατά της αποδοχής της προσφοράς της ήδη παρεμβαίνουσας θα συνιστούσε επί της ουσίας διεύρυνση του αντικειμένου της διαφοράς κατά την ενδικοφανή διαδικασία, έτσι όπως αυτό προσδιορίστηκε από τους λόγους της προδικαστικής προσφυγής της , αποσκοπώντας στην ακύρωση της ενώπιον της ΑΕΠΠ πράξης και κατά το μέρος που με αυτήν είχε γίνει δεκτή η προσφορά της προσφεύγουσας (πρβλ. ΣΤΕ 64/2019, 3345/2013 για την παρέμβαση σε αίτηση ακυρώσεως). Το γεγονός δε ότι η αιτούσα είχε ανακηρυχθεί με την υπ' αριθμ. απόφαση του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής προσωρινή μειοδότηρια δεν αναιρούσε το έννομο συμφέρον της πρώτης ν' ασκήσει επικαίρως προδικαστική προσφυγή και στη συνέχεια αυτοτελή αίτηση αναστολής κατά της πράξης αυτής προβάλλοντας αιτιάσεις σε σχέση με τη νομιμότητα της προσφοράς της..... Τούτο δε διότι τυχόν ευδοκίμηση της ασκηθείσης από την παρεμβαίνουσα προδικαστικής προσφυγής κατά της πράξεως με την οποία η αιτούσα είχε κηρυχθεί προσωρινή ανάδοχος, θα είχε ως αποτέλεσμα η προσφορά της να τεθεί εκτός της διαγωνιστικής διαδικασίας, με άμεσο αποτέλεσμα την κήρυξη της παρεμβαίνουσας ως προσωρινής αναδόχου....».

16. Επειδή, εξάλλου, όπως έχει κριθεί και από το ΔΕΕ (C-54/18 Cooperativa Animazione Valdocco Soc. Coop.soc. Impresa Sociale Onlus κατά Consorzio Intercomunale Servizi Sociali di Pinerolo σκ. 36) κάθε προσφέρων ο οποίος θεωρεί ότι μια απόφαση με την οποία γίνεται δεκτή η συμμετοχή ανταγωνιστή σε διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως είναι παράνομη και ενέχει κίνδυνο να του προκαλέσει ζημία, έχει άμεσο έννομο συμφέρον προς

άσκηση προσφυγής κατά της εν λόγω αποφάσεως, ανεξαρτήτως της ζημίας που μπορεί, επιπλέον, να απορρεύσει από την ανάθεση της συμβάσεως σε άλλον υποψήφιο. Η νομολογιακή αυτή αντιμετώπιση στηρίζεται στην ανάγκη τήρησης της αρχής ασφάλειας του δικαίου στο πλαίσιο των διαγωνιστικών διαδικασιών συνάψεως δημοσίων συμβάσεων δια της παροχής αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας, η οποία υλοποιείται μέσω της υποχρεώσεως των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων να προσβάλουν επικαίρως, σε σύντομο χρονικό διάστημα, τις πράξεις που τους προξενούν ή ενδέχεται να τους προξενήσουν ζημία, προκειμένου να μην υποχρεώνεται η αναθέτουσα αρχή να επαναλάβει ολόκληρη τη διαδικασία προς θεραπεία των παραβάσεων αυτών (βλ. σκέψεις 27-28, 36-37, 40-42 της ανωτέρω C-54/18). Εξάλλου, η αναγνώριση και στον (αρχικό) προσωρινό ανάδοχο, εννόμου συμφέροντος ν' ασκήσει επικαίρως προδικαστική προσφυγή προβάλλοντας αιτιάσεις κατά των ανθυποψηφίων της κρίνεται πλέον επιβεβλημένη στην περίπτωση που, η διαγωνιστική διαδικασία διεξάγεται σε ένα μόνο στάδιο (ήτοι εκδίδεται μία μόνο εκτελεστή διοικητική πράξη με την οποία κρίνεται το νομότυπο των κατατεθεισών προσφορών από απόψεως πληρότητας των δικαιολογητικών συμμετοχής και επάρκειας των τεχνικών και οικονομικών προσφορών των συμμετεχόντων), δεδομένου ότι ο κίνδυνος ν' ανατραπεί το (αρχικώς) ευνοϊκό γι' αυτόν αποτέλεσμα της διαγωνιστικής διαδικασίας και η εντεύθεν προκαλούμενη σε αυτόν ζημία ως εκ του αποκλεισμού του κατόπιν ασκήσεως και ευδοκιμήσεως της δεύτερης προδικαστικής προσφυγής με αντικείμενο τη νομιμότητα της προσφοράς του από την δεύτερη προσφεύγουσα, είναι χρονικά, τουλάχιστον, αμεσότερος (βλ. ad hoc ΣΤΕ 1573/2019 σκέψη 10).

17. Επειδή, βάσει της ως άνω πρόσφατης νομολογίας, ως προϋπόθεση της συνδρομής εννόμου συμφέροντος προς άσκηση προδικαστικής προσφυγής εκ μέρους του αναδειχθέντος ως προσωρινού αναδόχου τίθεται, ανεξαρτήτως λοιπών προϋποθέσεων, η άσκηση και ευδοκίμηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσφοράς του από ανθυποψήφιο αυτής. Για το λόγο αυτό, πρέπει, εν προκειμένω, να προηγηθεί η

εξέταση της ασκηθείσας κατά του αναδειχθέντος ως προσωρινού αναδόχου προσφυγής.

18. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 18 του Ν. 4412/2016 «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια ...». Επίσης, σύμφωνα με το άρθρο 91 του Ν. 4412/2016 «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. ...».

19. Επειδή, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (Ε.Α. 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. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕλΣυν 70/2006). Σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοκτικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων

Αριθμός Απόφασης: 1200,1201/2019

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. Όπως, δε, παγίως γίνεται δεκτό, οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης στους δημόσιους διαγωνισμούς επιτάσσουν στις αναθέτουσες αρχές να διατυπώνουν τους όρους διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης στην προκήρυξη του διαγωνισμού με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία, κατά τρόπο ώστε αφενός να παρέχουν σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους τη δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των όρων αυτών και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο, αφετέρου, να καθιστούν δυνατό τον αποτελεσματικό έλεγχο του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα τιθέμενα κριτήρια (Ε.Σ Κλ.Ε 157/2017, Τμ. VI 2452/2012, 1643/2014, 6869/2015, 261/2017, βλ. και ΔΕΚ απόφαση της 18.10.2001, C-19/2000, SIAC ConstrucionLtd, σκέψεις 41 έως 44, απόφαση της 29.4.2004, C-496/1999 Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, σκέψη 111, απόφαση της 10.5.2012, C-368/10, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών σκ. 109 επ.). Άλλωστε, όπως παγίως έχει κριθεί, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται στην οικεία προκήρυξη (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 28, και απόφαση Medipac—Καζαντζίδης, C-6/05, EU:C:2007:337, σκέψη 54). Υπό αυτό το πρίσμα συνάγεται ότι η αυστηρότητα της εφαρμογής της διακήρυξης προϋποθέτει την σαφήνεια των όρων αυτής καθώς η παραβίαση αμφίσημων όρων δεν οδηγεί αναγκαστικά στον αποκλεισμό διαγωνιζόμενου αν δεν ευθύνεται ο ίδιος για την παρερμηνεία των υποχρεώσεών του (Συμβάσεις Δημοσίων Έργων Χρ. Μητκίδης, 2009, σελ. 87 επ.). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζόμενου, εφόσον η Διοίκησήταναυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ

Αριθμός Απόφασης: 1200,1201/2019

1959/1970 Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987 ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. θ', σελ. 776).

20. Επειδή, ο τρόπος συντάξεως των προσφορών στα πλαίσια των δημοσίων διαγωνισμών διέπεται από την αρχή της τυπικότητας, η οποία αποσκοπεί στην εξασφάλιση αφενός της τήρησης των αρχών του ανταγωνισμού, της διαφάνειας και του ίσου μέτρου κρίσεως αφετέρου της ανάγκης ευχερούς συγκρίσεως των προσφορών μεταξύ τους καθώς και στην αποφυγή του κινδύνου αλλοιώσεως αυτών (ΣτΕ127/2015, 1971/2013, 194/2011, 804/2010, 3084/2008, 1895/2007, 3769/2003, ΕΑ 860, 689/2011, 1008/2009, 817/2008). Επίσης, όπως προαναφέρθηκε, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοκτικού 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. Σύμφωνα με τα ανωτέρω, 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).

21. Επειδή, σύμφωνα με πάγια νομολογία, ενόψει της αρχής της τυπικότητας, που, όπως προαναφέρθηκε, διέπει τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων, η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να καλεί τους προμηθευτές να συμπληρώσουν τα νομίμως, καταρχήν, υποβληθέντα δικαιολογητικά ή να παρέχουν σχετικές διευκρινίσεις αλλά όχι να αναπληρώσουν μη υποβληθέντα ή μη νομίμως υποβληθέντα δικαιολογητικά (ΣτΕ 2454/09, ΕΑ ΣτΕ 457, 364/09, 738/09, 180/09, 567/08, 3075/08, 307/07, ΔΕφΑΘ 271/2011). Περαιτέρω, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί

Αριθμός Απόφασης: 1200,1201/2019

μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C- 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36) οπότε οιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση κάποιας ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εν θέματι προσφοράς (βλ. σχετικές αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, Archus and Gama, C-131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36).

22. Επειδή, 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).

23. Επειδή, οι διαγωνιζόμενοι φέρουν την ευθύνη για τη νόμιμη σύνταξη της προσφοράς τους, το περιεχόμενο της οποίας τους δεσμεύει (Α.Ε.Π.Π. 102/2018).

24. Επειδή, σύμφωνα με τον άρθρο 2.4.2.3 της Διακήρυξης «...Από τον προσφέροντα σημαίνονται, με χρήση του σχετικού πεδίου του Συστήματος, τα στοιχεία εκείνα της προσφοράς που έχουν εμπιστευτικό χαρακτήρα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 21 του Ν.4412/2016. Εφόσον ένας Οικονομικός Φορέας χαρακτηρίζει πληροφορίες ως εμπιστευτικές, λόγω ύπαρξης τεχνικού ή εμπορικού απορρήτου, στη σχετική δήλωσή του αναφέρει ρητά όλες τις σχετικές διατάξεις νόμου ή διοικητικές πράξεις που επιβάλλουν την εμπιστευτικότητα της συγκεκριμένης πληροφορίας.». Εξάλλου, σύμφωνα με τον άρθρο 2.4.6 της Διακήρυξης «Η Αναθέτουσα Αρχή, με βάση τα αποτελέσματα

του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει σε κάθε περίπτωση, προσφορά η οποία: α) Δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών).».

25. Επειδή, με τον πρώτο λόγο, η δεύτερη προσφεύγουσα προβάλλει ότι «Γεραιέρω, από το σαφές γράμμα του προαναφερθέντος άρθρου 2.4.2.3 της Διακήρυξης προκύπτει ότι, σε περίπτωση κατά την οποία ένας διαγωνιζόμενος χαρακτηρίσει ως εμπιστευτικές κάποιες από τις πληροφορίες που υποβάλλει με την προσφορά του οφείλει (επί ποινή αποκλεισμού, ενόψει της παραπάνω έννοιας του άρθρου 2.4.6 της Διακήρυξης) να υποβάλει «.δήλωσή του [στην οποία να] αναφέρει ρητά όλες τις σχετικές διατάξεις νόμου ή διοικητικές πράξεις που επιβάλλουν την εμπιστευτικότητα της συγκεκριμένης πληροφορίας.». Ελλείψει, λοιπόν, τέτοιας δήλωσης, η σχετική προσφορά πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη. Είναι δε προφανές ότι η εν λόγω δήλωση δεν μπορεί, υπό καμία εκδοχή, να θεωρηθεί ότι και αυτή είναι δυνατόν να χαρακτηριστεί ως εμπιστευτική, εφόσον, υπό μία τέτοια *contra legem* εκδοχή, θα οδηγούμασταν σε μία υποχρέωση υποβολής δηλώσεων περί αιτιολόγησης της εμπιστευτικότητας που θα έτεινε στο άπειρο (εφόσον, υπό την εσφαλμένη αυτή ερμηνεία, θα έπρεπε, κατ' ουσίαν, να αιτιολογηθεί με ιδιαίτερη δήλωση, για ποιον λόγο δηλώνεται ως εμπιστευτικό το έγγραφο της δήλωσης περί αιτιολόγησης ως εμπιστευτικού ενός εγγράφου, η δε ιδιαίτερη αυτή δήλωση θα έπρεπε, με τη σειρά της, να συνοδεύεται από δική της χωριστή τέτοιου περιεχομένου δήλωση κ.ο.κ.). Συνεπώς, ενόψει όλων των παραπάνω, η δήλωση περί αιτιολόγησης του χαρακτηρισμού ενός εγγράφου ως εμπιστευτικού πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να έχει υποβληθεί με την προσφορά, χωρίς να έχει αυτή η ίδια χαρακτηριστεί ως εμπιστευτική. Εν προκειμένω, σύμφωνα με την περ. 16 του άρθρου 2.4.3.2 της Διακήρυξης, έπρεπε, επί ποινή αποκλεισμού, να υποβληθεί, με την προσφορά, μεταξύ άλλων, κατάλογος «...παραδόσεων που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία για προμήθειες του ίδιου τύπου (ιδίου αντικείμενου) που υλοποίησαν σε Δημόσια ή Ιδιωτικά Νοσοκομεία...». Ωστόσο, η

..... δεν έχει, με την προσφορά της, υποβάλει τέτοιον κατάλογο που να πληροί τις παραπάνω προϋποθέσεις της Διακήρυξης. Συνεπώς, η προσφορά της έπρεπε να είχε απορριφθεί ως απαράδεκτη. Αντιθέτως, έχει υποβάλει ένα αρχείο με τον τίτλο «7.ΚΑΤΑΛΟΓΟΣ ΚΥΡΙΟΤΕΡΩΝ ΠΑΡΑΔΟΣΕΩΝ_signed.pdf», το οποίο, ωστόσο, έχει χαρακτηρίσει ως εμπιστευτικό. Η δήλωση, όμως, αυτή περί του χαρακτηρισμού του εν λόγω δικαιολογητικού ως εμπιστευτικού ουδόλως συνοδεύεται από την προαναφερθείσα απαιτούμενη, επί ποινή αποκλεισμού, δήλωση αιτιολόγησης του χαρακτηρισμού αυτού (πολλώ δε μάλλον δεν αναφέρονται ούτε η ύπαρξη τεχνικού ή εμπορικού απορρήτου, ούτε οι σχετικές διατάξεις νόμου ή διοικητικές πράξεις που επιβάλλουν την εμπιστευτικότητα του συγκεκριμένου καταλόγου). Σε κάθε δε περίπτωση, εάν η δήλωση αυτή έχει και αυτή υποβληθεί ως εμπιστευτικό έγγραφο, η προσφορά της είναι, κατά τα προαναφερθέντα, και για τον αυτοτελή αυτόν λόγο απαράδεκτη. Ενόψει των παραπάνω, μη νομίμως κρίθηκε παραδεκτή η προσφορά της και, συνεπώς, η προσβαλλόμενη απόφαση είναι ακυρωτέα. Σε κάθε δε περίπτωση, ακόμα και αν ήθελε γίνει δεκτό ότι, εν προκειμένω, η έννοια των προαναφερθεισών διατάξεων της Διακήρυξης δεν είναι η παραπάνω, αλλά ταυτίζεται με την έννοια των διατάξεων του άρθρου 21 του Ν. 4412/2016, όπως αυτή έχει υιοθετηθεί από την Αρχή Σας (βλ., ενδεικτικά, ΑΕΠΠ 658/2018) και, συνεπώς, ο παραπάνω χαρακτηρισμός από την πλευρά της αποτελεί απλώς «αίτημα» της, περί αποδοχής του εν λόγω χαρακτηρισμού (quod non), πρέπει να γίνει δεκτό ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι παράνομη και ακυρωτέα, κατά το μέρος ως προς το οποίο, με την απόφαση αυτή, κατ' ουσίαν, γίνεται δεκτό το «αίτημα» αυτό, καίτοι, όπως προαναφέρθηκε, ελλείπει σχετικής δήλωσης αιτιολόγησης, το «αίτημα» αυτό δεν πληρούσε τις προϋποθέσεις του νόμου και της Διακήρυξης και έπρεπε να είχε απορριφθεί. Συνεπώς, και υπό την παραπάνω εκδοχή (quod non), η προσβαλλόμενη απόφαση είναι ακυρωτέα, κατά το μέρος ως προς το οποίο αποδέχθηκε το «αίτημα» της, ως προς τον χαρακτηρισμό ως εμπιστευτικού του παραπάνω δικαιολογητικού. Με τον τρόπο δε αυτόν, η εταιρία μας στερήθηκε -μη νομίμως- τη δυνατότητα να ελέγξει το περιεχόμενο του εν λόγω

δικαιολογητικού, προκειμένου να διαπιστώσει εάν αυτό πληρούσε ή όχι τις προϋποθέσεις της Διακήρυξης. Τέλος, υπό την παραπάνω εκδοχή, δηλαδή, ότι η προσφορά της αποτελεί, κατά το επίμαχο μέρος, «αίτημα» (quod non), η εταιρία μας ουδόλως είχε το βάρος να ζητήσει την άρση της εμπιστευτικότητας, εφόσον, ιδίως, η αποδοχή ή μη του αιτήματος γίνεται, κατά νομική αναγκαιότητα, το πρώτον με την προσβαλλόμενη απόφαση, εφόσον είναι η πρώτη εκτελεστή σχετική πράξη της Αναθέτουσας Αρχής, κατά δε της πράξης αυτής προβλέπεται μονάχα η άσκηση της παρούσας προσφυγής».

26. Επειδή, ως προς τον συγκεκριμένο λόγο προσφυγής κρίνονται τα κάτωθι. Ο προβαλλόμενος λόγος, είναι αβάσιμος ως ερειδόμενος επί εσφαλμένης προϋπόθεσης. Και τούτο διότι με το άρθρο 21 του ν. 4412/2016, στις ρυθμίσεις και τη διαδικασία του οποίου παραπέμπει ρητά προκειμένου για την εφαρμογή του ο ως άνω 2.4.2.3 όρος της διακήρυξης, ορίζεται ότι «1. Εκτός αν προβλέπεται άλλως στο παρόν Βιβλίο (άρθρα 3 έως 221) ή σε άλλες διατάξεις, ιδίως στο άρθρο 1 του π.δ. 28/2015 και στο άρθρο 24 του ν. 2121/1993 και με την επιφύλαξη των υποχρεώσεων σχετικά με τη δημοσιοποίηση των συναπτόμενων συμβάσεων και την ενημέρωση των υποψηφίων και των προσφερόντων, κατά τα οριζόμενα στα άρθρα 64 και 70, η αναθέτουσα αρχή δεν αποκαλύπτει πληροφορίες που της έχουν διαβιβάσει οικονομικοί φορείς και τις οποίες έχουν χαρακτηρίσει ως εμπιστευτικές, συμπεριλαμβανομένων, ενδεικτικά, των τεχνικών ή εμπορικών απορρήτων και των εμπιστευτικών πτυχών των προσφορών. 2. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις στους οικονομικούς φορείς, με σκοπό την προστασία του εμπιστευτικού χαρακτήρα των πληροφοριών, τις οποίες παρέχουν οι αναθέτουσες αρχές καθ' όλη τη διαδικασία σύναψης συμβάσεων. Μπορούν επίσης να απαιτήσουν από τους οικονομικούς φορείς να διασφαλίζουν την τήρηση των απαιτήσεων αυτών από το προσωπικό τους, τους υπεργολάβους τους και κάθε άλλο τρίτο πρόσωπο που χρησιμοποιούν κατά την ανάθεση ή εκτέλεση της σύμβασης. 3. Εφόσον ένας οικονομικός φορέας χαρακτηρίζει πληροφορίες ως εμπιστευτικές, λόγω ύπαρξης τεχνικού ή εμπορικού απορρήτου, στη σχετική δήλωση του, αναφέρει ρητά όλες τις σχετικές διατάξεις

νόμου ή διοικητικές πράξεις που επιβάλλουν την εμπιστευτικότητα της συγκεκριμένης πληροφορίας. 4. Δεν χαρακτηρίζονται ως εμπιστευτικές πληροφορίες σχετικά με τις τιμές μονάδος, τις προσφερόμενες ποσότητες, την οικονομική προσφορά και τα στοιχεία της τεχνικής προσφοράς που χρησιμοποιούνται για την αξιολόγηση της. 5. Το δικαίωμα πρόσβασης στα έγγραφα των προσφορών άλλων οικονομικών φορέων ασκείται, σύμφωνα με τους όρους του άρθρου 1 του άρθρου πρώτου του π.δ. 28/2015 (Α '34).» Από τις ανωτέρω διατάξεις του άρθρου 21 του ν. 4412/2016 με τις οποίες θεσπίζονται οι προϋποθέσεις για τη δημοσιοποίηση πληροφοριών περί των προσφορών μεταξύ των συμμετεχόντων σε διαγωνισμό, σαφώς προκύπτει ότι οι διαγωνιζόμενοι, με την επίκληση της εμπιστευτικότητας ή του απορρήτου χαρακτήρα των σχετικών πληροφοριών, δεν απαλλάσσονται από την υποχρέωση υποβολής απαιτούμενων κατά τη διακήρυξη δικαιολογητικών, αλλά οφείλουν να υποβάλουν τα απαιτούμενα κατά τη διακήρυξη στοιχεία, ενημερώνοντας περί του εμπιστευτικού, κατά την κρίση τους, χαρακτήρα τους τα αρμόδια όργανα του διαγωνισμού, τα οποία σε περίπτωση που πληρούνται οι προϋποθέσεις, υπέχουν υποχρέωση εχεμύθειας (ΣΤΕ 2547/2014, ΔΕΦΑΘ 907/2019, ΔΕΦΑΘ 159/2017). Η κρίση όμως περί του εάν πληρούνται οι νόμιμες προϋποθέσεις για τον οικείο χαρακτηρισμό, λαμβανομένου υπόψη ότι, όπως σαφώς συνάγεται από τις πιο πάνω διατάξεις, οι προσφέροντες με την επιλογή τους να χαρακτηρίσουν ως εμπιστευτικό έναντι τρίτων κάποιο από τα έγγραφα που έχουν θέσει υπόψη της αναθέτουσας αρχής, απλώς υποβάλουν αίτημα σε αυτήν για το χαρακτηρισμό του, εναπόκειται στην αναθέτουσα αρχή, η οποία είναι κατά νόμο αρμόδια και μόνη τεχνικά δυνάμενη να αποδεχθεί το χαρακτηρισμό αυτό και να διατηρήσει ή να άρει την εμπιστευτικότητα, καθιστώντας τα έγγραφα προσβάσιμα στους υπολοίπους συμμετέχοντες (ΑΕΠΠ 505/2018, 565/2018, 237/2018). Επομένως, οι ως άνω διατάξεις του άρθρου 21 του ν. 4412/2016 με τις οποίες ορίζεται ότι «η αναθέτουσα αρχή δεν αποκαλύπτει πληροφορίες που της έχουν διαβιβάσει οικονομικοί φορείς και τις οποίες έχουν χαρακτηρίσει ως εμπιστευτικές», απευθύνονται στην αναθέτουσα αρχή και δεν θεσπίζουν όρους που διέπουν αυτές καθαυτές τις προσφορές,

αφού η τελική σχετική κρίση ως προς τον χαρακτηρισμό επαφίεται στην αναθέτουσα αρχή, η οποία είναι και ο τελικός χειριστής της εμπιστευτικότητας των πληροφοριών και ο αποφαινόμενος για τη σχετική τους διαβάθμιση (ΑΕΠΠ 658/2018 σκ. 8 επ.). Συνεπώς και λαμβανομένου υπόψη ότι στις πιο πάνω διατάξεις δεν ορίζεται ότι ο τυχόν πλημμελής ή εσφαλμένος νομικά χαρακτηρισμός από τον προσφέροντα ενός εγγράφου ως περιέχοντος εμπιστευτικές πληροφορίες ή η άρση τελικά για οποιοδήποτε λόγο της εμπιστευτικότητας του από την αναθέτουσα αρχή συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς του ως απαράδεκτης, η μη πλήρωση των προϋποθέσεων του άρθρου 21 του ν. 4412/2016, από το οποίο αντλεί το ρυθμιστικό περιεχόμενο του ο ως άνω όρος 2.4.2.3 της διακήρυξης, ναι μεν επάγεται την άρση του χαρακτηρισμού εγγράφου ως εμπιστευτικού από την αναθέτουσα αρχή, όχι όμως και τον αποκλεισμό της προσφοράς του προσφέροντος που δήλωσε την εμπιστευτικότητα ή τη μη αποδοχή των οικείων εγγράφων του. Εν προκειμένω, η πρώτη προσφεύγουσα με την τεχνική προσφορά της κατέθεσε τον κατά τα πιο πάνω απαιτούμενο με τον όρο 2.4.2.3 της διακήρυξης κατάλογο των κυριότερων παραδόσεων που πραγματοποίησε, κατόπιν συμβάσεων, την τελευταία τριετία για προμήθειες του ίδιου αντικείμενου σε δημόσια ή ιδιωτικά Νοσοκομεία με τον χαρακτηρισμό του ως εμπιστευτικού χαρακτήρα, λόγω των οικονομικών στοιχείων που περιλαμβάνονταν σε αυτόν όσον αφορά την τιμολογιακή πολιτική της στις εκτός του παρόντος διαγωνισμού συναλλαγές της και μάλιστα ανεπικαίρως σε σχέση με την τεχνική προσφορά της, ο δε κατάλογος αυτός αξιολογήθηκε από την αναθέτουσα αρχή, η οποία με την αποδοχή του συνόλου της τεχνικής προσφοράς της έκρινε ότι, όσον αφορά το ουσιαστικό περιεχόμενο του, κάλυπτε τις απαιτήσεις της διακήρυξης. Τούτων δοθέντων οι συγκεκριμένοι ισχυρισμοί προβάλλονται αλυσιτελώς και ως εκ τούτου είναι απορριπτέοι καθώς η δεύτερη προσφεύγουσα όφειλε να επιτύχει εξ αρχής, τη λυσιτελή άσκηση του δικαιώματός της, ζητώντας από την αναθέτουσα αρχή να λάβει γνώση του συγκεκριμένου εγγράφου πλην όμως ουδέποτε υπέβαλε αίτημα για την επίδειξη του εν λόγω εγγράφου ούτε ισχυρίζεται ότι υπήρξε απόρριψη αιτήματος πρόσβασης της ώστε να προκύπτει ή τεκμαίρεται

προσβολή του δικαιώματος της (ΕΑ 1260/2010, ΔΕφΑΘ 907/2019, 159/2017, πρβλ ΣΤΕ 2447/2012, 3717/2012) ή ότι στερήθηκε εξ αυτού του λόγου της αποτελεσματικής προστασίας των δικαιωμάτων της, τα οποία ούτως ή άλλως ασκεί με την παρούσα προσφυγή της ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. κατά το σχετικό επικουρικό αίτημα της. Πρέπει επομένως εν όψει των παραπάνω ο υπό κρίση λόγος της προσφυγής, κατά το μέρος που βάλλει κατά της αποδοχής της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαινουσας επί της δεύτερης προσφυγής, να απορριφθεί ως αβάσιμος, απορριπτόμενων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της προσφεύγουσας, καθόσον, τόσο το άρθρο 21 του ν. 4412/2016 όσο και ο κατ' εφαρμογή του υπ'αριθ. 2.4.2.3 όρος της διακήρυξης, δεν έχουν το νόημα που τους αποδίδει ώστε τυχόν πλημμέλεια ή νομικό σφάλμα περί τη διαδικασία υποβολής αίτησης προς χαρακτηρισμό υποβληθέντος εγγράφου ως εμπιστευτικού να καθιστά το έγγραφο, αυτό καθαυτό, απαράδεκτο και να επιφέρει τις συνέπειες του όρου 2.4.6 της διακήρυξης, αλλά, σύμφωνα με τα εκτεθέντα, ως μόνη συνέπεια έχουν την απόρριψη του σχετικού αιτήματος χαρακτηρισμού του και την άρση της εμπιστευτικότητας του εγγράφου. Συνεπώς εν όψει των παραπάνω ο υπό κρίση λόγος της προσφυγής, πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

27. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο προσφυγής προβάλλεται ότι *«Σύμφωνα με το άρθρο 2.4.3.2 της Διακήρυξης, η τήρηση του οποίου, κατά τα προαναφερθέντα, έχει τεθεί επί ποινή αποκλεισμού, «...Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις που έχουν τεθεί από την Αναθέτουσα Αρχή με το κεφάλαιο «Ειδικό Όροι - Τεχνικές Προδιαγραφές» του Παραρτήματος II της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Προς τούτο, συντάσσεται και υποβάλλεται ψηφιακά υπογεγραμμένο ΦΥΛΛΟ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ σύμφωνα με το πρότυπο του Παραρτήματος II- ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ. Να κατατεθούν: 1. Βεβαίωση του Οίκου κατασκευής του μηχανήματος ότι όλα τα προαναφερθέντα στο διαγωνισμό αντιδραστήρια και αναλώσιμα (που θα χρησιμοποιούνται από το μηχάνημα) είναι κατασκευασμένα από τον ίδιο οίκο (έκτος αν γίνεται διαφορετική μνεία στις επιμέρους τεχνικές*

προδιαγραφές των αναλυτών) και προτείνονται για κανονική χρήση, και είναι απόλυτα συμβατά με τα ηλεκτρονικά και μηχανικά μέρη του μηχανήματος, και ότι δεν θα επηρεάσουν την ομαλή και απρόσκοπτη λειτουργία του.».

Εν προκειμένω, όπως προκύπτει από την προσφορά της, η τελευταία προσφέρει το αντιδραστήριοτης εταιρίας—....., ο δε προσφερόμενος αναλυτής κατασκευάζεται από την εταιρία Ωστόσο, από την προσφορά της προκύπτει ότι ουδεμία σχετική βεβαίωση της εν λόγω κατασκευάστριας εταιρίας του αναλυτή (.....) έχει υποβληθεί, η οποία βεβαίωση ζητείται, με το παραπάνω περιεχόμενο, επί ποινή αποκλεισμού, από την προαναφερθείσα διάταξη της Διακήρυξης. Επομένως, η προσφορά της δεν πληροί τις προϋποθέσεις του άρθρου 2.4.3.2 της Διακήρυξης και έπρεπε να απορριφθεί, δυνάμει του άρθρου 2.4.6 της Διακήρυξης. Ενόψει των παραπάνω, μη νομίμως κρίθηκε παραδεκτή η προσφορά της και, συνεπώς, η προσβαλλόμενη απόφαση είναι ακυρωτέα».

28. Επειδή, με τον τρίτο λόγο προσφυγής προβάλλεται ότι «Όπως προαναφέρθηκε, σύμφωνα με το άρθρο 2.4.3.2 της Διακήρυξης, η τήρηση του οποίου, κατά τα προαναφερθέντα, έχει τεθεί επί ποινή αποκλεισμού, «...Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις που έχουν τεθεί από την Αναθέτουσα Αρχή με το κεφάλαιο «Ειδικοί Όροι - Τεχνικές Προδιαγραφές» του Παραρτήματος II της Διακήρυξης.».

Εξάλλου, σύμφωνα με το άρθρο Γ.1, προδιαγραφή 23, του Παραρτήματος II της Διακήρυξης, «...Τα αντιδραστήρια να είναι έτοιμα προς χρήση, χωρίς να απαιτείται ανασύσταση ή μετάγγιση ή άλλη παρέμβαση από το χειριστή και να αναγνωρίζονται και να καταχωρούνται αυτόματα από τον αναλυτή μέσω αναγνώστη γραμμικού κώδικα. Σε δύο εξετάσεις, το μέγιστο, για τις οποίες θα απαιτηθεί μετάγγιση των αντιδραστηρίων να αναφερθεί ποιες είναι οι εξετάσεις αυτές και ποια είναι η σταθερότητα των αντιδραστηρίων μετά τη μετάγγιση.».

Λαμβάνοντας δε υπόψη και τις προδιαγραφές 7 και 9 του ίδιου ως άνω άρθρου του Παραρτήματος II της Διακήρυξης, η υποχρέωση «να μην απαιτείται κάθε παρέμβαση από το χειριστή» αφορά, δίχως καμία αμφιβολία, όχι μόνο την αρχική τοποθέτηση του αντιδραστηρίου στο μηχάνημα, αλλά και όλη τη διάρκεια κατά την οποία το

Αριθμός Απόφασης: 1200,1201/2019

αντιδραστήριο αυτό είναι τοποθετημένο προς χρήση στο μηχάνημα. Εν προκειμένω, όπως προκύπτει από τα εγχειρίδια και οδηγίες χρήσης που κατέθεσε η, με την προσφορά της, τα αντιδραστήρια που προσφέρει η εταιρία αυτή δεν πληρούν τη συγκεκριμένη προδιαγραφή για πέντε (5) εξετάσεις. Ειδικότερα: Για την εξέταση CK OSR6279, σύμφωνα με το εγχειρίδιο(σελ. 11) και τις οδηγίες χρήσης CK- OSR6X79 (σελ. 4), απαιτείται ανασύσταση των αντιδραστηρίων. Για την εξέταση CK MBOSR61155, σύμφωνα με τις οδηγίες χρήσης CKMB-OSR6X155 (σελ.5), απαιτείται ανασύσταση των αντιδραστηρίων. Για την εξέταση CRP OSR6199, σύμφωνα με το εγχειρίδιο(σελ.28) και τις οδηγίες χρήσης CRP-OSR6X99 (σελ. 3), απαιτείται εβδομαδιαία ανάδευση του αντιδραστηρίου. Η συγκεκριμένη ενέργεια συνεπάγεται επιφόρτιση του χειριστή με την υπενθύμιση, τον έλεγχο, τη διακοπή της λειτουργίας του αναλυτή, την εκφόρτωση, ανάδευση και επαναφόρτιση του R2 αντιδραστηρίου στον αναλυτή. Συνεπώς, απαιτείται σαφώς παρέμβαση από τον χειριστή. Για την εξέταση ASO OSR6194, σύμφωνα με το εγχειρίδιο(σελ. 24) και τις οδηγίες χρήσης ASO OSR6X94 (σελ.2), απαιτείται εβδομαδιαία ανάδευση του αντιδραστηρίου. Η συγκεκριμένη ενέργεια συνεπάγεται επιφόρτιση του χειριστή με την υπενθύμιση, τον έλεγχο, τη διακοπή της λειτουργίας του αναλυτή, την εκφόρτωση, ανάδευση και επαναφόρτιση του R2 αντιδραστηρίου στον αναλυτή. Συνεπώς, απαιτείται σαφώς παρέμβαση από τον χειριστή. Για την εξέταση RF OSR61105, σύμφωνα με το εγχειρίδιο(σελ.24) και τις οδηγίες χρήσης RFOSR61X05 (σελ.3), απαιτείται εβδομαδιαία ανάδευση του αντιδραστηρίου. Η συγκεκριμένη ενέργεια συνεπάγεται επιφόρτιση του χειριστή με την υπενθύμιση, τον έλεγχο, τη διακοπή της λειτουργίας του αναλυτή, την εκφόρτωση, ανάδευση και επαναφόρτιση του R2 αντιδραστηρίου στον αναλυτή. Συνεπώς, απαιτείται σαφώς παρέμβαση από τον χειριστή. Από τα παραπάνω προκύπτει ότι τα ως άνω προσφερόμενα αντιδραστήρια, τα οποία αντιστοιχούν σε πέντε (5) εξετάσεις, δεν πληρούν την προαναφερθείσα προδιαγραφή 23 του άρθρου Γ.1 του Παραρτήματος II της Διακήρυξης, καθώς απαιτείται, σε κάθε περίπτωση, παρέμβαση του χειριστή, για την ορθή χρήση τους. Ενόψει των παραπάνω, μη νομίμως κρίθηκε παραδεκτή η προσφορά της και, συνεπώς, η προσβαλλόμενη απόφαση είναι ακυρωτέα».

29. Επειδή, με τον τέταρτο λόγο προσφυγής προβάλλεται ότι «Όπως προαναφέρθηκε, σύμφωνα με το άρθρο 2.4.3.2 της Διακήρυξης, η τήρηση του οποίου, κατά τα προαναφερθέντα, έχει τεθεί επί ποινή αποκλεισμού, «...Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις που έχουν τεθεί από την Αναθέτουσα Αρχή με το κεφάλαιο «Ειδικοί Όροι - Τεχνικές Προδιαγραφές» του Παραρτήματος II της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Προς τούτο, συντάσσεται και υποβάλλεται ψηφιακά υπογεγραμμένο ΦΥΛΛΟ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ σύμφωνα με το πρότυπο του Παραρτήματος II- ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ.». Εξάλλου, σύμφωνα με το άρθρο Β.5 του Παραρτήματος II της Διακήρυξης, «...Ο προμηθευτής υποχρεούται μαζί με την προσφορά του να υποβάλει και ΦΥΛΛΟ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΕΩΣ. Αυτό είναι φύλλο συσχέτισης της προσφοράς με τις απαιτήσεις της παρούσας περιγραφής. Στο φύλλο αυτό θα αναφέρονται με λεπτομέρεια όλες οι υπάρχουσες συμφωνίες ή αποκλίσεις των χαρακτηριστικών των προσφερόμενων αντιδραστηρίων και του μηχανήματος σε σχέση με τα αναφερόμενα στην παρούσα περιγραφή. Ο προμηθευτής θα πρέπει να απαντά στην περιγραφή παράγραφο προς παράγραφο. ΥΠΟΔΕΙΓΜΑ ΦΥΛΛΟΥ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ [σ.σ. ακολουθεί πίνακας/ υπόδειγμα]». Από τον συνδυασμό των παραπάνω διατάξεων προκύπτει ότι, σε περίπτωση κατά την οποία, το υποβληθέν από έναν διαγωνιζόμενο φύλλο συμμόρφωσης, σύμφωνα με το υπόδειγμα του άρθρου Β.5 του Παραρτήματος II της Διακήρυξης, δεν περιλαμβάνει αναλυτική απάντηση «παράγραφο προς παράγραφο», η προσφορά αυτή δεν πληροί τις προϋποθέσεις της Διακήρυξης και πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη. Εξάλλου, ενόψει της αρχής της τυπικότητας και του σαφούς περιεχομένου των παραπάνω διατάξεων της Διακήρυξης (βλ., χαρακτηριστικά, το γεγονός ότι στον τίτλο του άρθρου Β.5 του Παραρτήματος II της Διακήρυξης αναφέρεται η φράση «επί ποινή απόρριψης»), η ποινή του αποκλεισμού επέρχεται ακόμα και εάν το περιεχόμενο που έπρεπε να περιληφθεί στο φύλλο συμμόρφωσης περιλαμβάνεται σε άλλο έγγραφο της προσφοράς του διαγωνιζομένου, εφόσον περιεχόμενο ελλείποντος δικαιολογητικού δεν μπορεί να αναπληρωθεί από το περιεχόμενο άλλου

δικαιολογητικού ή εγγράφου της προσφοράς (βλ. ΣΤΕ ΕΑ 346/2017). Εν προκειμένω, η έχει μεν υποβάλει τον πίνακα φύλλου συμμόρφωσης (βλ. το αρχείο με αρ. 16), σύμφωνα με το υπόδειγμα του άρθρου Β.5 του Παραρτήματος ΙΙ της Διακήρυξης, στον οποίο, όμως, η απάντηση, ως προς την προδιαγραφή 1 του άρθρου Γ.1 του Παραρτήματος ΙΙ της Διακήρυξης, είναι προδήλως ελλιπής, εφόσον, παρότι η προβαίνει σε λοιπές δηλώσεις, δεν δηλώνεται, καίτοι ζητείτο (απαιτείται ο «Βιοχημικός randomaccess αναλυτής, να είναι σύγχρονης τεχνολογίας, καινούριος και αμεταχειρίστος...»), ότι ο προσφερόμενος αναλυτής θα είναι καινούργιος και αμεταχειρίστος. Η έλλειψη αυτή καθιστά, κατά τα προαναφερθέντα, απαράδεκτη την προσφορά της Το γεγονός δε ότι στο φύλλο συμμόρφωσης (βλ. το αρχείο με αρ. 15) της γίνεται η δήλωση ότι «...Οι υπό προμήθεια Αναλυτές είναι καινούργιοι, αμεταχειρίστοι...» (βλ. το σημείο Α.1 του εν λόγω εγγράφου) δεν είναι δυνατόν να αναπληρώσει την παραπάνω έλλειψη στον πίνακα του φύλλου συμμόρφωσης (βλ. το αρχείο με αρ. 16), εφόσον η δήλωση που γίνεται στο φύλλο συμμόρφωσης (βλ. το αρχείο με αρ. 15) είναι αυτοτελής, αφορά και συνδέεται με άλλη απαίτηση της Διακήρυξης (αυτή του άρθρου Α.1 του Παραρτήματος ΙΙ της Διακήρυξης) και όχι με την αυτοτελή και χωριστή απαίτηση της προδιαγραφής 1 του άρθρου Γ.1 του Παραρτήματος ΙΙ της Διακήρυξης, σε συνδυασμό με το άρθρο Β.5 του Παραρτήματος ΙΙ της Διακήρυξης. Ενόψει των παραπάνω, μη νομίμως κρίθηκε παραδεκτή η προσφορά της και, συνεπώς, η προσβαλλόμενη απόφαση είναι ακυρωτέα».

30. Επειδή, με τον πέμπτο λόγο προσφυγής προβάλλεται ότι «Όπως προαναφέρθηκε, σύμφωνα με το άρθρο 2.4.3.2 της Διακήρυξης, η τήρηση του οποίου, κατά τα προαναφερθέντα, έχει τεθεί επί ποινή αποκλεισμού, «...Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις που έχουν τεθεί από την Αναθέτουσα Αρχή με το κεφάλαιο «Ειδικό Όροι - Τεχνικές Προδιαγραφές» του Παραρτήματος ΙΙ της Διακήρυξης. Εξάλλου, σύμφωνα με το άρθρο Γ.1, προδιαγραφή 9, του Παραρτήματος ΙΙ της Διακήρυξης, ο αναλυτής που θα προσφερθεί θα πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να έχει τη «...δυνατότητα συνεχούς φόρτωσης αντιδραστηρίων χωρίς διακοπή

της λειτουργίας του...» (βλ. τις με αρ. πρωτ. 6579/17.05.2019 διευκρινίσεις της Αναθέτουσας Αρχής, οι οποίες έχουν ενσωματωθεί στο κανονιστικό πλαίσιο του Διαγωνισμού και σύμφωνα με τις οποίες η φράση «Θα αξιολογηθεί η» που υπήρχε στο γράμμα της παραπάνω προδιαγραφής έχει τεθεί εκ παραδρομής και, συνεπώς, δεν λαμβάνεται υπόψη). Εν προκειμένω, όπως προκύπτει από τα εγχειρίδια και τις οδηγίες χρήσης που κατέθεσε η, με την προσφορά της, ο προσφερόμενος αναλυτής (.....) δεν καλύπτει την παραπάνω προδιαγραφή. Ειδικότερα: Σύμφωνα με τις οδηγίες χρήσης του αναλυτή (σελ. 5-29), δεν μπορεί να γίνει χρήση της φόρτωσης αντιδραστηρίων (MEASUREMODE), σε φάση ανάλυσης τυφλού βαθμονομητή ή δείγματος πρότυπου ελέγχου (blank, calibration, control). Συνεπώς, δεν υφίσταται συνεχής φόρτωση αντιδραστηρίων και δεν πληρούται η παραπάνω προδιαγραφή, εφόσον έστω σε μία φάση λειτουργίας του δεν είναι εφικτό να φορτωθεί το αντιδραστήριο. Ενόψει δε της προαναφερθείσας αρχής της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης, τυχόν ισχυρισμός ότι δεν είναι σημαντική, αλλά αναμενόμενη μία τέτοια διακοπή της λειτουργίας του αναλυτή δεν ακούγεται. Σε κάθε δε περίπτωση, αξίζει να τονιστεί ότι η συγκεκριμένη διαδικασία απασχολεί τον αναλυτή κατά ένα μεγάλο διάστημα, δεδομένου ότι, στην πράξη, οι διαδικασίες εντοπισμού των ελλείψεων σε αντιδραστήρια και η αντικατάστασή τους εκτελούνται σε καθημερινή βάση. Άλλωστε, είναι κοινώς αποδεκτό, αφενός, ότι οι διαδικασίες βαθμονόμησης και ποιοτικού ελέγχου γίνονται οποιαδήποτε στιγμή στη διάρκεια της ημέρας και δεν έπονται απαραίτητα μόνο της φόρτωσης αντιδραστηρίων, αφετέρου, σε ήδη φορτωμένο αντιδραστήριο θα πρέπει να μπορεί να γίνει ποιοτικός έλεγχος ή/και βαθμονόμηση. Σύμφωνα με τις οδηγίες χρήσης του αναλυτή, «Στον τρόπο λειτουργίας MEASURE(MΕΤΡΗΣΗ) μπορείτε να αντικαταστήσετε φιάλες αντιδραστηρίων όταν αδειάσουν ή να προσθέσετε νέες φιάλες αντιδραστηρίων» (σελ. 5-30), προβλέπεται δε ότι «Το σύστημα κλείνει το πλαίσιο διαλόγου Load(Φόρτωση). Το σύστημα μεταβαίνει από τρόπο λειτουργίας MEASURE (ΜΕΤΡΗΣΗ) σε τρόπο λειτουργίας REAGENTPAUSE(ΠΑΥΣΗ ΑΝΤΙΔΡΑΣΤΗΡΙΟΥ). Το σύστημα χρειάζεται κατά μέγιστο 5 λεπτά για να μεταβεί πλήρως σε τρόπο λειτουργίας REAGENTPAUSE(ΠΑΥΣΗ ΑΝΤΙΔΡΑΣΤΗΡΙΟΥ)».

Συνεπώς, αποδεικνύεται η μη συνεχής φόρτωση αντιδραστηρίων, στο μέτρο κατά το οποίο ο αναλυτής διακόπτει την κανονική του λειτουργία για ένα διάστημα για να μπορέσουν να φορτωθούν αντιδραστήρια. Στις οδηγίες χρήσης του αναλυτή (σελ. 5-30) επισημαίνεται ότι «Μην αφήνετε το σύστημα σε κατάσταση παύσης για μεγάλο χρονικό διάστημα. Εάν αφήσετε τον αναλυτή σε παύση για μεγάλο διάστημα, η συγκέντρωση των δειγμάτων στα καψίδια δείγματος θα αυξηθεί λόγω εξάτμισης και αυτό μπορεί να επηρεάσει τα αποτελέσματα». Επομένως, καθίσταται σαφές ότι όχι μόνο δεν υφίσταται συνεχής φόρτωση αντιδραστηρίων εφόσον η δειγματοληψία και η ανάλυση των δειγμάτων διακόπτει τη λειτουργία, αλλά, επιπλέον, υπάρχει πιθανότητα έκδοσης λανθασμένου αποτελέσματος σε περίπτωση αύξησης της συγκέντρωσης των δειγμάτων, λόγω εξάτμισης. 4. Στις οδηγίες χρήσης του αναλυτή (σελ. 5-30) επισημαίνεται ότι «Το σύστημα εμφανίζει τον τρόπο λειτουργίας του αναλυτή PAUSE (ΠΑΥΣΗ) μέχρι να ολοκληρωθούν τα δείγματα που βρίσκονται υπό επεξεργασία. Όταν το σύστημα αλλάξει τον τρόπο λειτουργίας του αναλυτή σε PAUSE (ΠΑΥΣΗ), μπορείτε να προσθέσετε αντιδραστήριο και να εκτελέσετε έλεγχο αντιδραστηρίων». Αναφορικά δε με τη φόρτωση αντιδραστηρίων, όπως προαναφέρθηκε «Το σύστημα κλείνει το πλαίσιο διαλόγου Load (Φόρτωση). Το σύστημα μεταβαίνει από τρόπο λειτουργίας MEASURE (ΜΕΤΡΗΣΗ) σε τρόπο λειτουργίας REAGENTPAUSE (ΠΑΥΣΗ ΑΝΤΙΔΡΑΣΤΗΡΙΟΥ). Το σύστημα χρειάζεται κατά μέγιστο 5 λεπτά για να μεταβεί πλήρως σε τρόπο λειτουργίας REAGENTPAUSE (ΠΑΥΣΗ ΑΝΤΙΔΡΑΣΤΗΡΙΟΥ)». Συνεπώς, αποδεικνύεται η μη συνεχής φόρτωση αντιδραστηρίων, εφόσον ο αναλυτής διακόπτει την κανονική του λειτουργία για διάστημα έως 5 λεπτά, προκειμένου να εισέλθει σε λειτουργία REAGENTPAUSE (ΠΑΥΣΗ ΑΝΤΙΔΡΑΣΤΗΡΙΟΥ) και να μπορέσουν να φορτωθούν αντιδραστήρια. Μάλιστα, προκύπτει, επιπλέον, ότι, τελικά, κατά παράβαση και της προδιαγραφής 7 του άρθρου Γ.1 του Παραρτήματος II της Διακήρυξης, ούτε η φόρτωση των δειγμάτων είναι συνεχής, εφόσον, όπως δηλώνει η ίδια η στο έγγραφο «Απαντήσεις στο υπόμνημα της εταιρίας» (σημ. Ε) και όπως φαίνεται στην επισήμανση «Προσοχή» στη σελ. 5.30 των οδηγιών χρήσης (Μην αφαιρείτε και μην προσθέτετε φορείς ενόσω το

σύστημα βρίσκεται σε κατάσταση παύσης, καθώς αυτό μπορεί να οδηγήσει σε σφάλματα συμφωνίας), πρώτα πρέπει να ολοκληρωθούν τα υφιστάμενα στον αναλυτή δείγματα και, στη συνέχεια, να προστεθούν τα αντιδραστήρια και, μετά, να προστεθούν τα νέα δείγματα. Από τα παραπάνω συνάγεται ότι η προσφορά της δεν πληροί τις προαναφερθείσες προδιαγραφές 7 και 9 του άρθρου του άρθρου Γ.1 του Παραρτήματος ΙΙ της Διακήρυξης. Ενόψει των παραπάνω, μη νομίμως κρίθηκε παραδεκτή η προσφορά της και, συνεπώς, η προσβαλλόμενη απόφαση είναι ακυρωτέα».

31. Επειδή, με τον έκτο λόγο προσφυγής προβάλλεται ότι «Σύμφωνα με το άρθρο 1.3 της Διακήρυξης, «...Προσφορές μπορούν να υποβάλλονται [...], αλλά για το σύνολο των ποσοτήτων του κάθε Τμήματος. [...] Προσφορά η οποία θα δίδεται [...] για μέρος της προκηρυχθείσας ποσότητας Τμήματος/ Τμημάτων, θα απορρίπτεται ως απαράδεκτη.». Εξάλλου, προκύπτει ότι, καθ' όλη την ετήσια (βλ. το άρθρο 1.3 της Διακήρυξης) διάρκεια της σύμβασης, ο ανάδοχος οφείλει να προμηθεύει κατάλληλες ποσότητες αναλωσίμων (βλ., ιδίως, το άρθρο 2.4.4 της Διακήρυξης). Εν προκειμένω, κατά παράβαση των προαναφερθέντων όρων της Διακήρυξης, η προσφορά της, κατ' ουσίαν, «δίδεται» σε μέρος της προκηρυχθείσας ποσότητας στο επίμαχο Τμήμα 1 του Διαγωνισμού, εφόσον προσφέρει συγκεκριμένα αναλώσιμα των αναλυτών, σε ανεπαρκή αριθμό συσκευασιών, σε σχέση με την ετήσια χρονική διάρκεια της σύμβασης. Ειδικότερα: Από την προσφορά της προκύπτει ότι προσφέρονται δύο συσκευασίες του αναλώσιμου ISE Low Standard με κωδικό 66317 (4X100 ml), δηλαδή 4X2, συνολικά 8 τεμάχια. Ωστόσο, στις υποβληθείσες εσωκλειστές οδηγίες χρήσης του αντιδραστηρίου ηλεκτρολυτών (ISE REAGENTS/ STANDARDS, σελ. 5) αναφέρεται ότι το συγκεκριμένο είδος «εφόσον ανοιχτεί είναι σταθερό για 90 ημέρες». Τούτο σημαίνει ότι, τελικώς, ανά έτος, απαιτούνται $365/90=4,05$ τεμάχια, για κάθε αναλυτή, άρα 5 ακέραια τεμάχια ανά αναλυτή. Παρόλα αυτά, η παραπάνω εταιρία προσφέρει συνολικά μόλις 4 τεμάχια ανά αναλυτή. Επιπλέον, το παραπάνω συμπέρασμα προκύπτει και εάν, για τους σχετικούς υπολογισμούς, ληφθεί υπόψη η ποσότητα του αναλώσιμου που απαιτείται για κάθε μέρα λειτουργίας του αναλυτή. Ειδικότερα,

Αριθμός Απόφασης: 1200,1201/2019

δεδομένου ότι ανά ημέρα απαιτούνται 1.000 ml από το συγκεκριμένο αναλώσιμο και για τους δύο αναλυτές, για 90 ημέρες, οι οποίες είναι ο χρόνος ζωής τους, εφόσον ανοιχθεί η συσκευασία σύμφωνα με τις οδηγίες, απαιτούνται 90.000 ml ή 90 ml. Ωστόσο, κάθε συσκευασία περιλαμβάνει 100 ml και όχι 90 ml. Συνεπώς, ανά 90 ημέρες, απαιτούνται 90 ml τα οποία θα έχουν χρησιμοποιηθεί στους αναλυτές και 10 ml τα οποία υποχρεωτικά θα «πεταχτούν», διότι θα έχει λήξει ο χρόνος ζωής τους. Δηλαδή, ανά 90 ημέρες απαιτούνται 100 ml, και, συνεπώς, σε βάθος 365 ημερών απαιτούνται 405,56 ml ή, άλλως, 4,0556 συσκευασίες από το εν λόγω αναλώσιμο για κάθε αναλυτή. Από την προσφορά της προκύπτει ότι προσφέρονται δύο συσκευασίες του αναλώσιμου ISE Low Standard με κωδικό 66316 (4X100 ml), δηλαδή 4X2, συνολικά 8 τεμάχια. Ωστόσο, στις υποβληθείσες εσώκλειστες οδηγίες χρήσης του αντιδραστηρίου ηλεκτρολυτών (ISE REAGENTS/ STANDARDS, σελ. 5) αναφέρεται ότι το συγκεκριμένο είδος «εφόσον ανοιχτεί είναι σταθερό για 90 ημέρες». Τούτο σημαίνει ότι, τελικώς, ανά έτος, απαιτούνται $365/90=4,05$ τεμάχια, για κάθε αναλυτή, άρα 5 ακέραια τεμάχια ανά αναλυτή. Παρόλα αυτά, η παραπάνω εταιρία προσφέρει συνολικά μόλις 4 τεμάχια ανά αναλυτή. Επιπλέον, το παραπάνω συμπέρασμα προκύπτει και εάν, για τους σχετικούς υπολογισμούς, ληφθεί υπόψη η ποσότητα του αναλωσίμου που απαιτείται για κάθε μέρα λειτουργίας του αναλυτή. Ειδικότερα, δεδομένου ότι ανά ημέρα απαιτούνται 1.000 ml από το συγκεκριμένο αναλώσιμο και για τους δύο αναλυτές, για 90 ημέρες, οι οποίες είναι ο χρόνος ζωής τους, εφόσον ανοιχθεί η συσκευασία σύμφωνα με τις οδηγίες, απαιτούνται 90.000 ml ή 90 ml. Ωστόσο, κάθε συσκευασία περιλαμβάνει 100 ml και όχι 90 ml. Συνεπώς, ανά 90 ημέρες, απαιτούνται 90 ml τα οποία θα έχουν χρησιμοποιηθεί στους αναλυτές και 10 ml τα οποία υποχρεωτικά θα «πεταχτούν», διότι θα έχει λήξει ο χρόνος ζωής τους. Δηλαδή, ανά 90 ημέρες απαιτούνται 100 ml, και, συνεπώς, σε βάθος 365 ημερών απαιτούνται 405,56 ml ή, άλλως, 4,0556 συσκευασίες από το εν λόγω αναλώσιμο για κάθε αναλυτή».

32. Επειδή, ως προς το δεύτερο λόγο προσφυγής, κρίνονται τα κάτωθι. Από τη διατύπωση του επίμαχου όρου της Διακήρυξης, κατά το μέρος

που απαιτείται *Να κατατεθούν: 1. Βεβαίωση του Οίκου κατασκευής του μηχανήματος ότι όλα τα προαναφερθέντα στο διαγωνισμό αντιδραστήρια και αναλώσιμα (που θα χρησιμοποιούνται από το μηχάνημα) είναι κατασκευασμένα από τον ίδιο οίκο...»* , κατά τα βασίμως προβαλλόμενα από την παρεμβαίνουσα, προκύπτει ότι η απαιτούμενη βεβαίωση αφορά το ότι τα προαναφερθέντα στο διαγωνισμό αντιδραστήρια και αναλώσιμα, θα είναι του ιδίου κατασκευαστή. Η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι η προσφυγή αναφέρεται όχι σε αντιδραστήρια και αναλώσιμα αλλά στο ότι στην προσφορά της παρεμβαίνουσας, ο προσφερόμενος αναλυτής και τα προσφερόμενα αντιδραστήρια είναι διαφορετικού κατασκευαστή. Πλην όμως, ο ως άνω ισχυρισμός είναι αβάσιμος, καθώς με τον επίμαχο λόγο προσφυγής προβάλλεται, βάσει της γενικής διατύπωσης του λόγου, ότι δεν έχει υποβληθεί βεβαίωση του οίκου κατασκευής του μηχανήματος (.....) με το απαιτούμενο από τον επίμαχο όρο της Διακήρυξης περιεχόμενο, άλλως, ότι τυχόν υποβληθείσα βεβαίωση του οίκου κατασκευής του μηχανήματος (.....), δεν έχει το απαιτούμενο από τον επίμαχο όρο της Διακήρυξης περιεχόμενο. Αντιθέτως, με τον επίμαχο λόγο προσφυγής ουδόλως αμφισβητείται η συμβατότητα των προσφερόμενων από την παρεμβαίνουσα αντιδραστηρίων και αναλωσίμων με τον προσφερόμενο από αυτήν αναλυτή. Όπως προκύπτει, δε, από τα στοιχεία του φακέλου και τους προβαλλόμενους από την παρεμβαίνουσα ισχυρισμούς, η παρεμβαίνουσα προσέφερε για το τμήμα 1 του διαγωνισμού τους Βιοχημικούς αναλυτές «.....» του κατασκευαστικού οίκου «.....», στο φύλλο συμμόρφωσης της προς τις τεχνικές προδιαγραφές που υπέβαλε, υπό τον τίτλο «πιστοποιητικά-υπεύθυνες δηλώσεις μηχανημάτων -αντιδραστηρίων», δήλωσε ότι καταθέτει, μεταξύ των άλλων, κατ' εφαρμογή του πιο πάνω όρου 2.4.3.2 της διακήρυξης, *«βεβαίωση του οίκου κατασκευής του μηχανήματος ότι τα προσφερθέντα στο διαγωνισμό αντιδραστήρια και αναλώσιμα (που θα χρησιμοποιούνται από το μηχάνημα) προτείνονται από τον εν λόγω Οίκο για κανονική χρήση, ότι είναι απόλυτα συμβατά με τα ηλεκτρονικά και μηχανικά μέρη του μηχανήματος, και ότι δεν θα επηρεάσουν την ομαλή και απρόσκοπτη λειτουργία του»* (Βλ. σελ. 5 του φύλλου συμμόρφωσης), υποβάλλοντας για το

σκοπό αυτό την από 24.12.2018 βεβαίωση του οίκου «.....», κατασκευαστή των προσφερόμενων αναλυτών «.....» της σειράς αναλυτών «.....». Στην εν λόγω Βεβαίωση, ως προβάλλει η παρεμβαίνουσα *«παρατίθεται, μεταξύ των άλλων, πίνακας με τα πλήρη στοιχεία των εγκαταστάσεων, στις οποίες, σύμφωνα με τη σχετική δήλωση του εν λόγω κατασκευαστή, κατασκευάζονται, για τον οίκο «.....», τα προσφερόμενα στον παρόντα διαγωνισμό προϊόντα (αντιδραστήρια, μηχανήματα, αναλώσιμα και ανταλλακτικά) όπως αυτά αναφέρονται αναλυτικά στο Παράρτημα 1 αυτής, μεταξύ δε αυτών περιλαμβάνεται και το εργοστάσιο του οίκου «.....», στο, το οποίο κατασκευάζει το εν λόγω αντιδραστήριο*». Όπως δε περαιτέρω, επί λέξει, πιστοποιείται στην εν λόγω βεβαίωση *«όλα τα μηχανήματα αντιδραστήρια, αναλώσιμα και ανταλλακτικά που προσφέρονται από την όπως περιγράφονται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ 1 είναι απόλυτα συμβατά προκειμένου να λειτουργούν ως ένα ολοκληρωμένο σύστημα»*. Εκ των ανωτέρω, προκύπτει ότι στην ως άνω κατατεθείσα από την παρεμβαίνουσα βεβαίωση του οίκου κατασκευής του μηχανήματος (.....) δεν περιλαμβάνεται δήλωση ότι τα προσφερόμενα αντιδραστήρια και αναλώσιμα είναι όλα κατασκευασμένα από τον ίδιο οίκο κατασκευής, ούτε και προκύπτει μία τέτοιου είδους δήλωση από το περιεχόμενο της ως άνω κατατεθείσας βεβαίωσης. Σημειώνεται, δε, ότι στις οδηγίες χρήσης του αντιδραστηρίου (βλ. αρχείο «.....» στο κατατεθειμένο στην προσφορά της παρεμβαίνουσας συμπιεσμένο αρχείο «ΕΝΘΕΤΑ ΠΛΗΡΟΦΟΡΙΩΝ ΧΗΜΕΙΑΣ»), δεν φέρεται ως κατασκευάστρια η, όπως επιχειρεί να υποστηρίξει με τους ισχυρισμούς της η παρεμβαίνουσα, αλλά η, Συνεπώς, ο δεύτερος λόγος προσφυγής της είναι βάσιμος και πρέπει να γίνει δεκτός.

33. Επειδή, ως προς τον τρίτο λόγο προσφυγής, κρίνονται τα κάτωθι. Σύμφωνα με τον επίμαχο όρο της Διακήρυξης, απαιτείται, μεταξύ άλλων, τα αντιδραστήρια να είναι έτοιμα προς χρήση, χωρίς να απαιτείται ανασύσταση ή μετάγγιση ή άλλη παρέμβαση από το χειριστή. Κατ' εξαίρεση, δε, επιτρέπεται για δύο εξετάσεις, το μέγιστο, να απαιτείται μετάγγιση των αντιδραστηρίων, τηρουμένων και των λοιπών προβλεπόμενων από τον επίμαχο όρο προϋποθέσεων. Η δεύτερη προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι

«Λαμβάνοντας δε υπόψη και τις προδιαγραφές 7 και 9 του ίδιου ως άνω άρθρου του Παραρτήματος II της Διακήρυξης, η υποχρέωση «να μην απαιτείται κάθε παρέμβαση από το χειριστή» αφορά, δίχως καμία αμφιβολία, όχι μόνο την αρχική τοποθέτηση του αντιδραστηρίου στο μηχάνημα, αλλά και όλη τη διάρκεια κατά την οποία το αντιδραστήριο αυτό είναι τοποθετημένο προς χρήση στο μηχάνημα». Κατά τα βασίμως προβαλλόμενα από την παρεμβαίνουσα, με την προδιαγραφή Γ.1.7 ζητείται ο προσφερόμενος αναλυτής «Να έχει δυνατότητα φόρτωσης δειγμάτων χωρίς διακοπή της λειτουργίας του», ενώ με την προδιαγραφή Γ.1.9 με την οποία ζητείται ο προσφερόμενος αναλυτής να έχει «δυνατότητα συνεχούς φόρτωσης αντιδραστηρίων, χωρίς διακοπή της λειτουργίας του», συνεπώς, αμφότερες οι ως άνω προδιαγραφές αφορούν τη δυνατότητα του αναλυτή περί φόρτωσης δειγμάτων και αντιδραστηρίων, αντίστοιχα, χωρίς διακοπή της λειτουργίας του, η δυνατότητα, δε, αυτή ουδόλως συνδέεται με τις ιδιότητες που απαιτεί η διακήρυξη να διαθέτουν τα αντιδραστήρια. Συναφώς, ουδόλως εκ των ως άνω προδιαγραφών (Γ.1.7 και Γ.1.9) προκύπτει ότι η αφορώσα τα αντιδραστήρια απαίτηση της προδιαγραφής Γ.1.23 «να μην απαιτείται κάθε παρέμβαση από το χειριστή» αφορά, όχι μόνο την αρχική τοποθέτηση του αντιδραστηρίου στο μηχάνημα, αλλά και όλη τη διάρκεια κατά την οποία το αντιδραστήριο αυτό είναι τοποθετημένο προς χρήση στο μηχάνημα, όπως αβασίμως ισχυρίζεται η δεύτερη προσφεύγουσα. Συνακόλουθα, οι προβαλλόμενοι αναφορικά με τις εξετάσεις CRP, ASO και RF ισχυρισμοί, οι οποίοι, ως προβάλλονται, ερείδονται στην ως άνω προϋπόθεση, είναι απορριπτέοι ως ερειδόμενοι επί εσφαλμένης προϋπόθεσης. Αντίθετα, από τη διατύπωση του επίμαχου όρου «...Τα αντιδραστήρια να είναι έτοιμα προς χρήση, χωρίς να απαιτείται ανασύσταση ή μετάγγιση ή άλλη παρέμβαση από το χειριστή και να αναγνωρίζονται και να καταχωρούνται αυτόματα από τον αναλυτή μέσω αναγνώστη γραμμικού κώδικα. Σε δύο εξετάσεις, το μέγιστο, για τις οποίες θα απαιτηθεί μετάγγιση των αντιδραστηρίων να αναφερθεί ποιες είναι οι εξετάσεις αυτές και ποια είναι η σταθερότητα των αντιδραστηρίων μετά τη μετάγγιση.», φαίνεται ότι το σύνολο των περιλαμβανόμενων στο ως άνω χωρίο απαιτήσεων αφορά την αρχική τοποθέτηση του αντιδραστηρίου στο μηχάνημα.

Εξάλλου, η ανάγκη ανάδευσης του αντιδραστηρίου, σε κάθε περίπτωση, ουδόλως προκύπτει ότι συνεπάγεται την ανάγκη διακοπής της λειτουργίας του αναλυτή, αφού, η ανάδευση του αντιδραστηρίου μπορεί να γίνει κατά τη διάρκεια λειτουργίας του αναλυτή, όταν αυτός βρίσκεται σε κατάσταση λειτουργίας που επιτρέπει την εκφόρτωση και επαναφόρτωσή του. Σε κάθε, δε, περίπτωση, σημειώνεται ότι η ανάδευση, ήτοι η ανακίνηση του φιαλιδίου με σκοπό την ανάδευση του εντός αυτού υγρού υλικού, δεν μπορεί να νοηθεί ως «παρέμβαση από το χειριστή», κατά την έννοια της διακήρυξης. Τούτο, δε, διότι, κατά τα βασίμως προβαλλόμενα από την παρεμβαίνουσα, σκοπός της επίμαχης προδιαγραφής, όπως προκύπτει από το αληθές νόημα των κρίσιμων τεχνικών όρων, όπως προκύπτει από τη νομολογία (ενδεικτικά ΕΑ ΣΤΕ 1049/2007 σκ. 8, 782/2007 σκ. 11, 1211/2007 σκ. 8), είναι προεχόντως η εκμηδένιση της πιθανότητας λάθους στα αποτελέσματα των εξετάσεων λόγω αστοχίας, κατά την ανασύσταση ή τη μετάγγιση των αντιδραστηρίων, από ανθρώπινο χέρι, κατά το προαναλυτικό στάδιο. Η απλή, δε, χειροκίνητη ανακίνηση οποιαδήποτε φιαλιδίου, ώστε να ανακατανεμηθεί το υγρό περιεχόμενο του, κανένα περιθώριο λάθους ή αστοχίας δεν καταλείπει (βλ. και Α.Ε.Π.Π. 638-639/2019). Συνεπώς, ο επίμαχος λόγος προσφυγής, κατά το μέρος που αφορά τις εξετάσεις CRP, ASO και RF είναι αβάσιμος και απορριπτέος. Όσον αφορά, δε, τους προβαλλόμενους για τις εξετάσεις CK και CK-MB ισχυρισμούς της δεύτερης προσφεύγουσας, σύμφωνα με τους οποίους για τις εξετάσεις αυτές απαιτείται ανασύσταση των αντιδραστηρίων, κρίνονται τα κάτωθι. Κατά τα βασίμως προβαλλόμενα από την παρεμβαίνουσα, ως ανασύσταση νοείται η παρασκευή υγρού μείγματος, το οποίο διαμορφώνεται από την συνένωση ενός λυόφιλου στερεού υλικού με ένα υγρό υλικό (βλ. σχετικά Σημειώσεις Πέτρου Καρκαλούσου, Δρ. Βιολόγου – Τεχνολόγου Ιατρικών Εργαστηρίων, Επίκουρου Καθηγητή στο Πανεπιστήμιο Δυτικής Αττικής, σελ.70, «Βιοχημικοί Αναλυτές – Ιστορική Εξέλιξη, Τεχνολογίες, Ιατρικές Εφαρμογές, Βαθμονόμηση, Έλεγχος Ποιότητας» Αιγάλεω 2017 Έκδοση Πέμπτη, www.users.teiath.gr/petef/web_lessons/clinical_Chemistry/Clinical_Chemistry_I_Lab_Notes/TEI_Biochemical_analyzers.pdf, σύμφωνα με τις οποίες

«Λυοφιλοποίηση ονομάζεται η μετατροπή ενός διαλύματος με ειδική διαδικασία αποξήρανσης. Η διαδικασία αυτή χρησιμοποιείται για την διατήρηση επί μακρόν τόσο αντιδραστηρίων όσο και των controls όσο και των calibrators. Προκειμένου τα λυοφιλοποιημένα διαλύματα να ξαναχρησιμοποιηθούν θα πρέπει να προηγηθεί η διαδικασία της «ανασύστασης», η προσθήκη δηλαδή σε αυτά ίσης ποσότητας διαλυτή με αυτή που αποξηράνθηκε»). Τα προσφερόμενα από την παρεμβαίνουσα αντιδραστήρια για τις εξετάσεις CK και CK-MB με κωδικούς 0SR6279 και 0SR1155 αντίστοιχα, διατίθενται από την παρεμβαίνουσα, κατά τα βασίμως προβαλλόμενα από αυτήν, αμφότερα σε υγρή μορφή. Τούτο προκύπτει από το εγχειρίδιο AU CHEMISTRY QUICK REF, στο οποίο ρητώς αναφέρεται η μορφή τους ως υγρή («liquid») (βλ. σελ. 11 του εγχειριδίου αναφορικά με την εξέταση CK και σελ. 34 του εγχειριδίου αναφορικά με την εξέταση CK-MB). Συνακόλουθα, εφόσον πρόκειται για υγρά, δεν είναι δυνατό να απαιτούν ανασύσταση, η οποία, κατά τα ανωτέρω, αφορά συνένωση ενός λυόφιλου στερεού υλικού με ένα υγρό υλικό. Συνεπώς, ο σχετικός λόγος προσφυγής και κατά το μέρος που αφορά τις εξετάσεις CK και CK-MB είναι αβάσιμος και απορριπτός.

34. Επειδή, ως προς τον τέταρτο λόγο προσφυγής, κρίνονται τα κάτωθι. Με τον όρο A.1 των Ειδικών Όρων του Παραρτήματος II της διακήρυξης για τις τεχνικές προδιαγραφές των υπό προμήθεια βιοχημικών αναλυτών, υπό τον τίτλο «απαιτήσεις» ορίζεται ότι *«οι υπό προμήθεια Αναλυτές πρέπει να είναι καινούργιοι, αμεταχείριστοι και τελευταίας γενιάς»*. Η ως άνω απαίτηση, επαναλαμβάνεται και με τον υπ' αριθ. Γ.1.1 όρο των τεχνικών προδιαγραφών του Παραρτήματος II της Διακήρυξης, με τον οποίο ζητείται μεταξύ των άλλων ο υπό προμήθεια αναλυτής *«να είναι σύγχρονης τεχνολογίας, καινούριος και αμεταχείριστος»*. Εκ των ως άνω συνάγεται ότι τα οριζόμενα αφενός στον όρο A.1 του Παραρτήματος II και αφετέρου στον όρο Γ.1.1 του Παραρτήματος II δεν συνιστούν αυτοτελείς και χωριστές απαιτήσεις, όπως αβασίμως προβάλλει η δεύτερη προσφεύγουσα, αλλά προβλέπουν την απάντηση επί της ίδιας απαίτησης σε δύο σημεία του Φύλλου Συμμόρφωσης. Συνεπώς, σε περίπτωση που έχει αποτυπωθεί προσηκόντως κατά τη

Διακήρυξη η σχετική απάντηση σε ένα από τα δύο αυτά σημεία του Φύλλου Συμμόρφωσης, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι η ελλιπής αποτύπωση της απάντησης επί της ίδιας απαίτησης στο άλλο σημείο του Φύλλου Συμμόρφωσης μπορεί να οδηγήσει στην απόρριψη της προσφοράς. Η παρεμβαίνουσα, όπως βασίμως προβάλλει, δήλωσε στο Φύλλο Συμμόρφωσης Τεχνικών Προδιαγραφών ότι «ο προσφερόμενος Βιοχημικός αναλυτήςείναι ό,τι πιο καινούργιο στην γκάμα των βιοχημικών αναλυτών, αφού κυκλοφορεί επίσημα στην Ελλάδα από το 2018. Ο προσφερόμενος Βιοχημικός αναλυτήςπραγματοποιεί επεξεργασία των εξετάσεων με τεχνολογία τυχαίας προσπέλασης, και ενσωματώνει τις πλέον σύγχρονες μεθόδους όπως φωτομετρία, ISE, θολοσιμετρία», παραπέμποντας προς τεκμηρίωση τούτων στα προσκομιζόμενα τεχνικά φυλλάδια και εγχειρίδια του προσφερόμενου αναλυτή). Παράλληλα δε, στο φύλλο συμμόρφωσης προς τους ειδικούς τεχνικούς όρους της Διακήρυξης (Μέρος Α - Ειδικό Οροί –Τεχνικές Προδιαγραφές. 1. Απαιτήσεις) της προσφοράς της, δήλωσε ότι «οι υπό προμήθεια Αναλυτές είναι καινούργιοι, αμεταχείριστοι και τελευταίας γενιάς». Εξάλλου και από τους ισχυρισμούς της δεύτερης προσφεύγουσας προκύπτει ότι και η ίδια συνομολογεί ότι η σχετική απάντηση της παρεμβαίνουσας έχει αποτυπωθεί προσηκόντως στο Φύλλο Συμμόρφωσης - και όχι σε άλλο, πλην του Φύλλου Συμμόρφωσης, έγγραφο – της προσφοράς της παρεμβαίνουσας και ειδικότερα στο σημείο Α.1 αυτού. Κατόπιν των ανωτέρω, ο τέταρτος λόγος προσφυγής είναι αβάσιμος και απορριπτέος.

35. Επειδή, ως προς τον πέμπτο λόγο προσφυγής κρίνονται τα κάτωθι. Κατά τα βασίμως προβαλλόμενα από την παρεμβαίνουσα, όπως προκύπτει από τις οδηγίες χρήσης του αναλυτή «.....», η ανάλυση του τυφλού αντιδραστηρίου, η βαθμονόμηση και ο ποιοτικός έλεγχος των αντιδραστηρίων, δεν σχετίζεται χρονικώς με τη διαδικασία διενέργειας των εξετάσεων, αλλ' αντιθέτως, όπως ισχύει σε όλους ανεξαιρέτως τους αναλυτές, εκτελούνται, πριν από την έναρξη της διενέργειας των εξετάσεων, καθόσον αφορούν το επί ημερησίας βάσεως στάδιο της προετοιμασίας του αναλυτή ώστε εν συνεχεία να είναι έτοιμος για την πραγματοποίηση των εξετάσεων, δηλαδή αποτελούν την

αναγκαία προϋπόθεση ώστε να εκκινήσει η διαδικασία ανάλυσης (βλ. σελ.2-1 των οδηγιών χρήσης του αναλυτή, στην οποία περιγράφεται, σε 8 βήματα, η ημερήσια προετοιμασία που απαιτείται για την εκκίνηση του μεταξύ αυτών υπό 6 «Παρακολούθηση της κατάστασης αντιδραστηρίων», Βήμα 7 «Βαθμονόμηση εξετάσεων» και τέλος Βήμα «8 Επεξεργασία ελέγχου ποιότητας (QC)» του αναλυτή ώστε να εν συνεχεία να αρχίσει η «έναρξη της ανάλυσης -Βήμα 9-, δηλ. η έναρξη της διενέργειας των εξετάσεων). Όσον αφορά, δε, στους προβαλλόμενους από τη δεύτερη προσφεύγουσα ισχυρισμούς ότι «Αλλωστε, είναι κοινώς αποδεκτό, αφενός, ότι οι διαδικασίες βαθμονόμησης και ποιοτικού ελέγχου γίνονται οποιαδήποτε στιγμή στη διάρκεια της ημέρας και δεν έπονται απαραίτητα μόνο της φόρτωσης αντιδραστηρίων, αφετέρου, σε ήδη φορτωμένο αντιδραστήριο θα πρέπει να μπορεί να γίνει ποιοτικός έλεγχος ή/και βαθμονόμηση.», κρίνονται τα κάτωθι. Όπως, προβάλλει συναφώς η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της «Λανθασμένα θεωρείται από την ότι ο αναλυτής δεν μπορεί να κάνει βαθμονόμηση και ποιοτικό έλεγχο μετά την αντικατάσταση αντιδραστηρίου, διότι ... χρησιμοποιεί μέρος των παραγράφων 14 & 15 στις οποίες αναλυτικά αναφέρονται τα παρακάτω : “14. Εκτελέστε βαθμονόμηση από τον πίνακα STAT, εάν απαιτείται. Το σύστημα δεν μπορεί να εκτελέσει βαθμονόμηση από φορείς μετά την αντικατάσταση ή την προσθήκη ενός αντιδραστηρίου στον τρόπο λειτουργίας MEASURE (ΜΕΤΡΗΣΗ). Για περισσότερες πληροφορίες, ανατρέξτε στην ενότητα Εντολή και εκτέλεση βαθμονόμησης από τον δίσκο STAT ή Εντολή και εκτέλεση βαθμονόμησης και ελέγχου ποιότητας (QC) από τον δίσκο STAT (σύστημα εργαστηριακής αυτοματοποίησης).” “15 Εκτελέστε έλεγχο ποιότητας (QC) από τον πίνακα STAT, εάν απαιτείται. Το σύστημα δεν μπορεί να εκτελέσει QC από φορείς μετά την αντικατάσταση ή την προσθήκη ενός αντιδραστηρίου στον τρόπο λειτουργίας MEASURE (ΜΕΤΡΗΣΗ). Για περισσότερες πληροφορίες, ανατρέξτε στην ενότητα Εντολή και εκτέλεση ελέγχου ποιότητας (QC) από τον δίσκο STAT ή Εντολή και εκτέλεση βαθμονόμησης και ελέγχου ποιότητας (QC) από τον δίσκο STAT (σύστημα εργαστηριακής αυτοματοποίησης)” Στις παραγράφους 14&15 αναφέρεται ότι αν απαιτείται να εκτελέσουμε βαθμονόμηση και έλεγχο ποιότητας

(QC) από το Πίνακα STAT. Η βαθμονόμηση και ο έλεγχος ποιότητας (QC) σε αυτόν το αναλυτή μπορεί να γίνει από δύο σημεία: 1) Από τον Πίνακα ή Δίσκο STAT 2) Από rack ή φορείς δειγμάτων.». Ήτοι, κατά τα προβαλλόμενα από την αναθέτουσα αρχή, σε περίπτωση που χρειαστεί να γίνει βαθμονόμηση και έλεγχος ποιότητας κατά τη διάρκεια λειτουργίας του αναλυτή, οι διαδικασίες αυτές μπορούν να πραγματοποιηθούν χωρίς να διακοπεί η λειτουργία του αναλυτή, μέσω άλλης «πηγής» και όχι από τα αντιδραστήρια. Συνεπώς οι περί του αντιθέτου προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι αβάσιμοι και απορριτέοι. Περαιτέρω, από το περιεχόμενο των οδηγιών χρήσης του προσφερόμενου από την παρεμβαίνουσα αναλυτή «Στον τρόπο λειτουργίας MEASURE(MΕΤΡΗΣΗ) μπορείτε να αντικαταστήσετε φιάλες αντιδραστηρίων όταν αδειάσουν ή να προσθέσετε νέες φιάλες αντιδραστηρίων» (σελ. 5-30), και ότι «Το σύστημα κλείνει το πλαίσιο διαλόγου Load (Φόρτωση). Το σύστημα μεταβαίνει από τρόπο λειτουργίας MEASURE (ΜΕΤΡΗΣΗ) σε τρόπο λειτουργίας REAGENTPAUSE (ΠΑΥΣΗ ΑΝΤΙΔΡΑΣΤΗΡΙΟΥ). Το σύστημα χρειάζεται κατά μέγιστο 5 λεπτά για να μεταβεί πλήρως σε τρόπο λειτουργίας REAGENTPAUSE (ΠΑΥΣΗ ΑΝΤΙΔΡΑΣΤΗΡΙΟΥ)», προκύπτει ότι κατά τη διάρκεια των 5 λεπτών - που κατά μέγιστο χρειάζεται ο αναλυτής για να μεταβεί πλήρως από τον τρόπο λειτουργίας MEASURE (ΜΕΤΡΗΣΗ) (που συνιστά τρόπο λειτουργίας κατά τον οποίο μπορούν να αντικατασταθούν φιάλες αντιδραστηρίων) σε τρόπο λειτουργίας REAGENTPAUSE (ΠΑΥΣΗ ΑΝΤΙΔΡΑΣΤΗΡΙΟΥ) – δεν διακόπτεται η λειτουργία του αναλυτή. Εξάλλου και η αναθέτουσα αρχή, με τις απόψεις της, αναφέρει ότι «Δηλαδή ανά πάσα στιγμή χωρίς χρονικό περιορισμό μπορούμε να φορτώσουμε αντιδραστήρια και η διαδικασία αυτή μπορεί να διαρκέσει έως 5 λεπτά». Επίσης, κατά τα βασίμως προβαλλόμενα από την παρεμβαίνουσα, ο αναλυτής συνεχίζει τις μετρήσεις των δειγμάτων, όπως προκύπτει τόσο από τις οδηγίες χρήσης του, στην σελ 1-31 των οποίων αναφέρεται ότι «Μπορείτε να φορτώσετε φιάλες αντιδραστηρίου σε αυτόν τον τρόπο λειτουργίας κατά τη διάρκεια της ανάλυσης», όσο και από το τεχνικό φυλλάδιο του στη σελ.1 του οποίου, αναφέρεται ότι «Δυνατότητα φόρτωσης αντιδραστηρίων κατά την διάρκεια λειτουργίας του αναλυτή». Συνεπώς, οι περί του αντιθέτου

προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι αβάσιμοι και απορριπτέοι. Περαιτέρω, από κανέναν από τους ισχυρισμούς της δεύτερης προσφεύγουσας, δεν προκύπτει ότι η δειγματοληψία και η ανάλυση των δειγμάτων διακόπτει τη λειτουργία του αναλυτή, συνεπώς, ο συναφώς προβαλλόμενος ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι «δεν υφίσταται συνεχής φόρτωση αντιδραστηρίων» είναι απορριπτέος ως ερειδόμενος επί εσφαλμένης προϋπόθεσης. Ο προβαλλόμενος, δε, ισχυρισμός ότι *«υπάρχει πιθανότητα έκδοσης λανθασμένου αποτελέσματος σε περίπτωση αύξησης της συγκέντρωσης των δειγμάτων, λόγω εξάτμισης»*, είναι απορριπτέος, καθώς ουδεμία σχέση έχει με τους όρους της διακήρυξης την πλήρωση των οποίων αμφισβητεί, με τον υπό εξέταση λόγο, η δεύτερη προσφεύγουσα. Επίσης, από το περιεχόμενο των οδηγιών χρήσης του προσφερόμενου από την παρεμβαίνουσα αναλυτή *«Το σύστημα εμφανίζει τον τρόπο λειτουργίας του αναλυτή PAUSE (ΠΑΥΣΗ) μέχρι να ολοκληρωθούν τα δείγματα που βρίσκονται υπό επεξεργασία. Όταν το σύστημα αλλάξει τον τρόπο λειτουργίας του αναλυτή σε PAUSE (ΠΑΥΣΗ), μπορείτε να προσθέσετε αντιδραστήριο και να εκτελέσετε έλεγχο αντιδραστηρίων»* και ότι *«Το σύστημα κλείνει το πλαίσιο διαλόγου Load (Φόρτωση). Το σύστημα μεταβαίνει από τρόπο λειτουργίας MEASURE (ΜΕΤΡΗΣΗ) σε τρόπο λειτουργίας REAGENT PAUSE (ΠΑΥΣΗ ΑΝΤΙΔΡΑΣΤΗΡΙΟΥ). Το σύστημα χρειάζεται κατά μέγιστο 5 λεπτά για να μεταβεί πλήρως σε τρόπο λειτουργίας REAGENT PAUSE (ΠΑΥΣΗ ΑΝΤΙΔΡΑΣΤΗΡΙΟΥ)»*, προκύπτει, όπως ήδη αναφέρθηκε, ότι δεν διακόπτεται η λειτουργία του αναλυτή, αντίθετα, προκύπτει ότι ο τρόπος λειτουργίας PAUSE εμφανίζεται ενώ παράλληλα ολοκληρώνονται τα δείγματα που βρίσκονται υπό επεξεργασία. Εξάλλου και η αναθέτουσα αρχή, με τις απόψεις της, αναφέρει ότι *«...ανά πάσα στιγμή μπορούμε να φορτώσουμε αντιδραστήρια και η διαδικασία αυτή μπορεί να διαρκέσει έως 5 λεπτά. Κατά το χρόνο αυτό όπως και προαναφέραμε ο αναλυτής λειτουργεί και ολοκληρώνει τα δείγματα που είναι σε επεξεργασία»*. Τέλος, όσον αφορά στον ισχυρισμό της δεύτερης προσφεύγουσας ότι ούτε η φόρτωση των δειγμάτων είναι συνεχής, κατά τα βασίμως προβαλλόμενα από την παρεμβαίνουσα, στο τεχνικό φυλλάδιο του αναλυτή) (σελ. 1) αναφέρεται σαφώς ότι η τροφοδοσία του Βιοχημικού

αναλυτή σε δείγματα γίνεται συνεχώς χωρίς την διακοπή της λειτουργίας του, η γενική δε προειδοποίηση προς τον χρήστη για τον ορθό χειρισμό του μηχανήματος σελ. 5-30 των οδηγιών χρήσης («Μην αφαιρείτε και μην προσθέτετε φορείς ενόσω το σύστημα βρίσκεται σε κατάσταση παύσης, καθώς αυτό μπορεί να οδηγήσει σε σφάλματα συμφωνίας») προκύπτει ότι δεν επηρεάζει, την συνεχόμενη φόρτωση των δειγμάτων, η οποία γίνεται, όπως σχετικώς κατά τα ανωτέρω, προβλέπεται στη διαδικασία κανονικής (πλήρους) λειτουργίας, χωρίς διακοπή του αναλυτή. Αντίθετα, η ως άνω γενική προειδοποίηση αφορά «οδηγία χρήσης» κατά τη στιγμή που ήδη ο αναλυτής βρίσκεται σε κατάσταση παύσης.

36. Επειδή, ως προς τον έκτο λόγο προσφυγής κρίνονται τα κάτωθι. Όπως διαλαμβάνεται στην προσφυγή (παρ. υπό 30.1 και 30.2) και προκύπτει από την τεχνική προσφορά της παρεμβαίνουσας, για τη βαθμονόμηση των ηλεκτροδίων ISE για τις ζητούμενες εξετάσεις στον ορό, καλίου και νατρίου, η οποία διενεργείται κάθε 24 ώρες, σύμφωνα με την περιγραφόμενη στις σελ. 2-21 έως 2-23 των οδηγιών χρήσης του αναλυτή), προσφέρει, σε υγρή μορφή, τα αναλώσιμα υλικά (βαθμονομητές) και υπό τους κωδικούς 66317 και 66316 αντίστοιχα, σε δύο συσκευασίες από το κάθε είδος (επίπεδο), καθεμία των οποίων περιέχει τέσσερα φιαλίδια των 100 ml. Δηλαδή προσφέρει οκτώ (8) συνολικά τεμάχια για κάθε είδος, των 100 ml το καθένα, όπως σχετικώς άλλωστε συνομολογείται και στην υπό κρίση προσφυγή (Βλ. σχετ. παρ. 30.1 και 30.2 αντιστοίχως αυτής), που περιέχουν συνολική ποσότητα 800 ml ή 800.000 ml. Όπως, δε, περαιτέρω αναφέρεται στο κατατεθειμένο με την προσφορά της παρεμβαίνουσας ένθετο Πληροφοριών Χημείας του αντιδραστηρίου, υπό τον τίτλο «φύλαξη και σταθερότητα» (σελ. 5/11), τα ως άνω αναλώσιμα υλικά από την στιγμή που ανοιχθεί το φιαλίδιο τους, παραμένουν σταθερά για 90 ημέρες, δηλαδή έχουν διάρκεια ζωής 90 ημέρες και επομένως εφόσον, σύμφωνα με τα ανωτέρω διαλαμβανόμενα απαιτούνται 1.000 ml και για τους δύο αναλυτές την ημέρα, κάθε φιαλίδιο Βαθμονομητή ISE των 100 ml (ή 100.000 ml), έχοντας σταθερότητα 90 ημερών επαρκεί και για τις 90 ημέρες (1000 ml x 90 ημέρες= 90.000 ml ή 90 ml). Επομένως, εφόσον εν όψει των παραπάνω από

Αριθμός Απόφασης: 1200,1201/2019

κάθε φιαλίδιο ISE μπορεί να χρησιμοποιηθεί ποσότητα 90 ml, η συνολική ποσότητα που μπορεί να χρησιμοποιηθεί με βάση τα 8 φιαλίδια που προσφέρει ανέρχεται σε 720 ml ή 720.000μl (8 τεμ. X 90 ml = 720 ml ή 720.000 μl), η οποία επιμεριζόμενη στις 365 ημέρες διάρκειας της υπόψη σύμβασης αντιστοιχεί σε 1972,6 μl ημερησίως (720.000 μl: 365 ημέρες). Συνεπώς, η κατά τα ως άνω ποσότητα των 1.972,6μl που προσφέρει η παρεμβαίνουσα ημερησίως για καθένα από τα δύο αυτά αναλώσιμα υλικά υπερκαλύπτει τις ανάγκες και των δύο αναλυτών στα εν λόγω αναλώσιμα υλικά. Ο, δε, ισχυρισμός της δεύτερης προσφεύγουσας ότι οι συσκευασίες αυτές, λόγω της κατά πιο πάνω διάρκειας της σταθερότητας του περιεχομένου τους, δεν επαρκούν για το δεύτερο εφεδρικό αναλυτή, καθόσον απαιτούνταν 4,05 και επομένως 5 κατ' ακέραιο αριθμό συσκευασίες αντί των 4 που προσέφερε η παρεμβαίνουσα, είναι απορριπτέος ως ερειδόμενος επί εσφαλμένης προϋπόθεσης. Και τούτο διότι τα φιαλίδια αυτά δεν τοποθετούνται στον αναλυτή ούτε συνδέονται με αυτόν ή παραμένουν σε αυτόν, όπως φαίνεται να υπολαμβάνει η προσφεύγουσα, αλλ' απλώς από το περιεχόμενο τους διοχετεύεται, σε ένα καψάκι, ποσότητα 500μL, το οποίο είναι αυτό που τοποθετείται στον αναλυτή και όχι το φιαλίδιο ώστε να δεσμεύεται όλη η ποσότητα του στο συγκεκριμένο αναλυτή, όπως υπολαμβάνει η δεύτερη προσφεύγουσα. Συγκεκριμένα, όπως προκύπτει από τις οδηγίες Χρήσης του αναλυτή (σελ. 2-21, 2-22 και 2-23, παρ. 6, 7 και 13 αντίστοιχα), για την κάθε, ανά 24ώρο, διενεργούμενη βαθμονόμηση ανοίγεται ένα φιαλίδιο των 100 ml του Βαθμονομητή (κωδικός 66317) και με το περιεχόμενο του γεμίζεται ένα καψάκι με ποσότητα 500μl, το οποίο τοποθετείται στη θέση STAT του αναλυτή, παραμένει μέχρι την ολοκλήρωση της Βαθμονόμησης και εν συνεχεία αφαιρείται και απορρίπτεται. Αφού διοχετευθεί από το φιαλίδιο η πιο πάνω ποσότητα των 500μl στο καψάκι, το πώμα του κλείνεται και το φιαλίδιο αποθηκεύεται, εκτός αναλυτή, σε συνθήκες περιβάλλοντος για 90 ημέρες, κατά τα αναφερόμενα υπό τον τίτλο Βλ. «φύλαξη και σταθερότητα» στον πίνακα που παρατίθενται στις πιο πάνω οδηγίες (σελ. 5/11). Η ίδια ακριβώς διαδικασία τηρείται και ως προς το Βαθμονομητή (κωδικός 66316), από τα φιαλίδια του οποίου γεμίζεται κάθε φορά ένα καψάκι με ποσότητα 500μl, το οποίο τοποθετείται στον αναλυτή, στη θέση

STAT (βλ. συναφώς για το σύνολο του επίμαχου λόγου και Α.Ε.Π.Π. 838-839/2019 σκ. 26). Επομένως οι κατά τα ως άνω συσκευασίες των Βαθμονομητών που προσφέρει η παρεμβαίνουσα υπερκαλύπτουν, όπως βασίμως προβάλλει, τις ετήσιες ανάγκες και των δύο αναλυτών, καθόσον επαρκούν για 720 ημέρες λειτουργίας και των δύο αναλυτών, πρέπει δε ως εκ τούτου ο περί του αντιθέτου ισχυρισμός της δεύτερης προσφεύγουσας να απορριφθεί ως ουσία αβάσιμος.

37. Επειδή το αίτημα της δεύτερης προσφεύγουσας περί προφορικής αναπτύξεως των ισχυρισμών της ενώπιον της Α.Ε.Π.Π απορρίπτεται (ΣΤΕ ΕΑ 179/2019, 153/2019 σκέψη 11).

38. Επειδή, κατόπιν της κατά τα ανωτέρω αποδοχής της ασκηθείσας κατά της προσωρινής αναδόχου προσφυγής και των ανωτέρω στη σκ. 17 διαλαμβανόμενων, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκήθηκε η προδικαστική προσφυγή της προσωρινής αναδόχου

39. Επειδή, συνακόλουθα, η παρέμβαση επί της προσφυγής της ασκείται μετ' εννόμου συμφέροντος, επιδιώκοντας τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, κατά το μέρος που με αυτήν έγινε δεκτή η προσφορά της

40. Επειδή, με την προσφυγή της η πρώτη προσφεύγουσα επικαλείται ότι «*Με τον υπ' αριθ. 3 όρο των τεχνικών προδιαγραφών του κεφαλαίου Α' του Παραρτήματος ΙΙ της διακήρυξης (σελ. 46) ορίζεται ότι «ο διαγωνισμός θα γίνει με βάση τις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στη διακήρυξη. Στην περίπτωση που το προσφερόμενο είδος παρουσιάζει αποκλίσεις ή διαφοροποιήσεις από αυτά που καθορίζονται από τις τεχνικές προδιαγραφές στη Διακήρυξη, θα απορρίπτεται».* Επί τη βάση των ανωτέρω προϋποθέσεων, ζητείται με την διακήρυξη του διαγωνισμού η προμήθεια αντιδραστηρίων και αναλωσίμων με τη μέθοδο της προσφοράς τιμής ανά εξέταση (άρθρο 7 παρ. 1 του ν. 2955/2001), η εκτέλεση από τους προσφερόμενους τέσσερεις Βιοχημικούς αναλυτές των αναφερομένων σε πίνακα, στο Μέρος Β του Παραρτήματος Ι αυτής, εξετάσεων μεταξύ των οποίων, υπό τον αυξ. αριθ. 5, περιλαμβάνονται 89.000 εξετάσεις καλίου, από τις οποίες 55.000 πρόκειται να πραγματοποιηθούν στοκαι 34.000 στο, καθώς και

Αριθμός Απόφασης: 1200,1201/2019

89.000 εξετάσεις νατρίου, υπό τον αυξ. αριθ. 6, από τις οποίες 55.000 πρόκειται να πραγματοποιηθούν στοκαι οι υπόλοιπες 34.000 στο, όπως σχετικώς επιμερίζονται στο κεφ. Γ.1. του Α' Μέρους του Παραρτήματος II αυτής (σελ. 54-55). Περαιτέρω με τον υπ' αριθ. 9 όρο των τεχνικών προδιαγραφών του κεφαλαίου Γ.1. του Παραρτήματος II της διακήρυξης (σελ. 53), όπως το περιεχόμενό του διευκρινίστηκε επαρκώς, σε εναρμόνιση προς το κριτήριο αξιολόγησης (αποκλειστικά βάσει τιμής), με την υπ' αριθ. πρωτ. 6579/17.5.2019 ανακοίνωση συμπληρωματικών πληροφοριών της διοικήτριας της αναθέτουσας αρχής, η οποία γνωστοποιήθηκε και έγινε αποδεκτή από όλους τους διαγωνιζόμενους (βλ. αντίστοιχα την κατόπιν τούτου παραίτηση της εταιρείας «.....» από την σχετική υπ'αριθ. καταθ. 572/14.5.2019 προδικαστική προσφυγή της ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.), ζητείται οι κατά τα πιο πάνω υπό προμήθεια τέσσερες (4) αυτόματοι Βιοχημικοί αναλυτές υγράς χημείας μεσαίας παραγωγικότητας «να έχουν τη δυνατότητα συνεχούς φόρτωσης αντιδραστηρίων, χωρίς διακοπή της λειτουργίας τους». Εν προκειμένω, η εταιρεία «.....», η οποία αποδέχθηκε χωρίς εναντίωση ή επιφύλαξη όλους ανεξαιρέτως τους όρους της διακήρυξης, μεταξύ των οποίων και τον παραπάνω υπ'αριθ. 9 των τεχνικών προδιαγραφών, προσέφερε για το τμήμα 1 του διαγωνισμού τους Βιοχημικούς αναλυτές «.....>», για δε τη διενέργεια των πιο πάνω ζητούμενων 89.000 εξετάσεων καλίου και νατρίου, που πραγματοποιούνται στη υπομονάδα αυτών C-501 ISE (δηλ. τη μονάδα ηλεκτρολυτών που λειτουργεί με τη μέθοδο των ιοντοεπιλεκτικών ηλεκτροδίων), σύμφωνα με τα αναφερόμενα στις οδηγίες χρήσης αναλυτή(αντιδραστήρια για εφαρμογές ISE, κάλιο ορού/πλάσματος, ούρων και νάτριο ορού/πλάσματος, ούρων, σελ. B-91), μεταξύ των άλλων, προσέφερε, συμπληρώνοντας τον σχετικό κατά το υπόδειγμα του Παραρτήματος IV της διακήρυξης πίνακα οικονομικής προσφοράς, χωρίς τιμές, τα ακόλουθα, κατά τις αναφερόμενες σε αυτό ποσότητες, αντιδραστήρια, τα οποία, σύμφωνα με τις ως άνω οδηγίες χρήσης του αναλυτή(σελ. B-91 και B-92), είναι «απαραίτητα για κάθε μέτρηση ISE», ήτοι : «α) το εσωτερικό πρότυπο διάλυμα Internalstandard (ISE IS), το οποίο χρησιμοποιείται για βαθμονομήσεις ενός σημείου που εκτελούνται

πριν και μετά από κάθε προσδιορισμό δείγματος, β) το διάλυμα αναφοράς (*ISE Ref*), το οποίο χρησιμοποιείται για μετρήσεις του ηλεκτροδίου αναφοράς και γ) το διάλυμα αραίωσης (*ISE Dil.*)». Αντίστοιχα η εν λόγω εταιρεία, στο φύλλο συμμόρφωσης προς τις οριζόμενες με τη διακήρυξη προδιαγραφές, που υπέβαλε, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο κεφάλαιο B.5 του Παραρτήματος II της διακήρυξης, δήλωσε, όσον αφορά την κάλυψη της πιο πάνω υπ' αριθ. 9 τεχνικής προδιαγραφής ότι «η φόρτωση των αντιδραστηρίων είναι δυνατή και κατά τη διάρκεια της λειτουργίας του αναλυτή, ενώ υπάρχει δυνατότητα αυτόματης εκφόρτωσης έως 10 κενών κασετών και χειροκίνητης απομάκρυνσης τους από τον κάδο αντιδραστηρίων», παραπέμποντας, όπως επί ποινή απόρριψης απαιτείται από τη διακήρυξη, προς τεκμηρίωση στο τεχνικό φυλλάδιο και στις οδηγίες χρήσης του εν λόγω αναλυτή («*Prospectus αναλυτή*» σελ. 9, 11» και «σελ. A-62, A-63, A-64» αντίστοιχα). Όπως ορίζεται στις πιο πάνω κατατεθείσες οδηγίες χρήσης του εν λόγω αναλυτή (σελ. B-38, B-39 και B-40), τα εν λόγω απαραίτητα, «για κάθε μέτρηση *ISE*», Βοηθητικά αντιδραστήρια, *ISE IS*, *ISE Ref* και *ISE Dil*, «φυλλόσσονται στο διαμέρισμα αντιδραστηρίων *ISE*. Εάν δεν υπάρχει φιάλη αντιδραστηρίου ή εάν η στάθμη του υγρού πέσει κάτω από το όριο, στο οποίο η φιάλη πρέπει να αντικατασταθεί, ανάβει μια πράσινη ενδεικτική λυχνία (δίπλα από τη θέση του αντιδραστηρίου). Όπως όμως επισημαίνεται στις πιο πάνω οδηγίες (σελ. B-92), η κατά τα πιο πάνω «αντικατάσταση των φιαλών των αντιδραστηρίων *ISE IS* και *ISE DU* μπορεί να πραγματοποιηθεί ανεξάρτητα από την κατάσταση του αναλυτή, ωστόσο, το αντιδραστήριο *ISE Ref* πρέπει να αντικαθίσταται μόνον όταν ο αναλυτής βρίσκεται σε κατάσταση αναμονής. Στην περίπτωση αυτή, όπως σχετικώς προβλέπεται κατά την περιγραφόμενη στις σελ. B-39 και B-40 των πιο πάνω οδηγιών διαδικασία, υπό τον τίτλο «αντικατάσταση διαλύματος αναφοράς *ISE Ref*», πρέπει ο χειριστής του αναλυτή να διακόψει τη λειτουργία του και να θέσει «την υπομονάδα σε κατάσταση αναμονής», εν συνεχεία να προβεί στις απαραίτητες ενέργειες, όπως ανά βήμα περιγράφονται υπό τους αριθ. 2-7, μεταξύ των οποίων και στον καθαρισμό του απαιτούμενου επιπροσθέτως φίλτρου αναρρόφησης *ISE Ref* (βλ. και σελ. C-88), τέλος δε, στην εκτέλεση της

αναφερόμενης «ενέργειας ReagentPrime (πλήρωση αντιδραστηρίου)», καθόσον, όπως επισημαίνεται, «μετά την αντικατάσταση του αντιδραστηρίου ISE Ref, απαιτείται πλήρωση αντιδραστηρίων (ReagentPrime)»(φά. και σελ Β-92 οδηγιών). Από τα παραπάνω συνεπώς προκύπτει ότι το βοηθητικό αντιδραστήριο ISE Ref, το οποίο είναι απαραίτητο για κάθε μέτρηση ISE των ζητούμενων 89.000 εξετάσεων καλίου καθώς και των ισάριθμων 89.000 εξετάσεων νατρίου, δεν μπορεί να τοποθετηθεί στον αναλυτή κατά τη διάρκεια της λειτουργίας του, χωρίς διακοπή, όπως ζητείται με τον όρο 9 των πιο πάνω τεχνικών προδιαγραφών, αλλ' αντιθέτως πρέπει να διακοπεί η λειτουργία του αναλυτή και να τεθεί σε κατάσταση αναμονής (standby), καθόλη τη διάρκεια που απαιτείται προκειμένου να ολοκληρωθεί η, κατά την ως άνω περιγραφείσα διαδικασία, φόρτωσή του. Επομένως η τεχνική προσφορά της εταιρείας «.....» δεν καλύπτει την πιο πάνω υπ' αριθ. 9 τεχνική προδιαγραφή της διακήρυξης και όφειλε ως εκ τούτου η αναθέτουσα αρχή, κατά τη δέσμια που είχε, σύμφωνα με τα παραπάνω υποχρέωση, να την απορρίψει ως अपαράδεκτη, χωρίς να προβεί στην εν συνεχεία αξιολόγηση της οικονομικής προσφοράς, πρέπει δε για το λόγο αυτό να γίνει δεκτή η παρούσα προδικαστική προσφυγή μας».

41. Επειδή, ως προς τον ως άνω λόγο προσφυγής κρίνονται τα κάτωθι. Σύμφωνα με την επίμαχη προδιαγραφή 9, οι προσφερόμενοι αναλυτές πρέπει «να έχουν τη δυνατότητα συνεχούς φόρτωσης αντιδραστηρίων, χωρίς διακοπή της λειτουργίας τους». Η ως άνω απαίτηση, εκ της διατύπωσής της, φαίνεται να αφορά μόνο «αντιδραστήρια» και όχι «βοηθητικά αντιδραστήρια» /«αναλώσιμα» /άλλα «διαλύματα». Εν προκειμένω, όπως προκύπτει από την προσφορά της παρεμβαίνουσας και δεν αμφισβητείται με την υπό κρίση πρώτη προσφυγή, ο προσφερόμενος από αυτήν (παρεμβαίνουσα) αναλυτής (....C501) διαθέτει τη δυνατότητα συνεχούς φόρτωσης αντιδραστηρίων, χωρίς διακοπή της λειτουργίας του, και, συνεπώς, πληροί την απαίτηση της σχετικής προδιαγραφής της Διακήρυξης. Ειδικότερα, όπως προκύπτει και από τη δήλωσή της στο φύλλο συμμόρφωσης προς τις οριζόμενες με τη Διακήρυξη προδιαγραφές, το οποίο υπέβαλε σύμφωνα με τα οριζόμενα στο κεφάλαιο Β.5 του Παραρτήματος ΙΙ της Διακήρυξης, στον παραπάνω προσφερόμενο από

αυτήν αναλυτή «η φόρτωση των αντιδραστηρίων είναι δυνατή και κατά τη διάρκεια της λειτουργίας του αναλυτή, ενώ υπάρχει δυνατότητα αυτόματης εκφόρτωσης έως και 10 κενών κασετών και χειροκίνητης απομάκρυνσής τους από τον κάδο αντιδραστηρίων». Προς απόδειξη δε της συμμόρφωσής της, η δήλωσή της αυτή παραπέμπει, όπως προβλέπει η Διακήρυξη (άρθρο 2.4.3.2), στο τεχνικό φυλλάδιο και στις οδηγίες χρήσης του αναλυτή, κάτι που ουδόλως αμφισβητεί η πρώτη προσφεύγουσα. Με τον προβαλλόμενο με την υπό κρίση πρώτης προσφυγή λόγο, προβάλλεται αντίθεση της προσφοράς της παρεμβαίνουσας στην ως άνω προδιαγραφή 9, πλην όμως οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί αφορούν στο ISE Ref, το οποίο, κατά τους ισχυρισμούς της ίδιας της πρώτης προσφεύγουσας αποτελεί «βοηθητικό αντιδραστήριο» και όχι «αντιδραστήριο», ώστε κατά τα προαναφερόμενα, να εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της προαναφερθείσας προδιαγραφής της Διακήρυξης. Περαιτέρω, όπως προκύπτει από το σύνολο της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, από τα διαλαμβανόμενα στην οικεία παρέμβασή της, αλλά και την συνολική επισκόπηση του φακέλου, το επίμαχο βοηθητικό διάλυμα δεν αποτελεί αντιδραστήριο. Πιο συγκεκριμένα: Όπως προκύπτει από την τεχνική προσφορά της παρεμβαίνουσας, το προσφερόμενο ISE Ref περιλαμβάνεται στον πίνακα αναλωσίμων της προσφοράς της και όχι στον πίνακα αντιδραστηρίων της προσφοράς της. Επίσης, όπως προκύπτει από την παραπομπή B91 - B92 των οδηγιών χρήσης του παραπάνω αναλυτή «..... 6000_OM V5.0 greek», το επίμαχο προϊόν ISE Ref ανήκει στην κατηγορία των βοηθητικών αντιδραστηρίων τα οποία χρησιμοποιούνται στην υπομονάδα μέτρησης των εξετάσεων ISE για τη ρύθμιση και τη βαθμονόμηση του ιοντοεπιλεκτικού ηλεκτροδίου, στους ακροδέκτες του οποίου γίνεται η μέτρηση των εξετάσεων καλίου, νατρίου και χλωρίου (K, Na, Cl). Ενόψει όλων των παραπάνω, προκύπτει ότι το προσφερόμενο ISE Ref δεν είναι αντιδραστήριο και συνεπώς δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του επίμαχου όρου της διακήρυξης, συνακόλουθα, δε, ο μοναδικός λόγος που προβάλλεται με την υπό εξέταση πρώτη προσφυγή είναι αβάσιμος και, ως εκ τούτου, απορριπτέος. Εφόσον, δε, δεν προβάλλεται άλλος λόγος απόρριψης της προσφοράς της

παρεμβαίνουσας, η υπό εξέταση πρώτη προσφυγή είναι αβάσιμη και θα πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό της.

42. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή της πρώτης προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθεί και να γίνει δεκτή η ασκηθείσα επ' αυτής παρέμβαση.

43. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή της δεύτερης προσφεύγουσας πρέπει να γίνει δεκτή και να απορριφθεί η ασκηθείσα επ' αυτής παρέμβαση.

44. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η πρώτη προσφεύγουσα, κατά τις διατάξεις του άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017.

45. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η δεύτερη προσφεύγουσα, κατά τις διατάξεις του άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την πρώτη προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την ασκηθείσα επ' αυτής παρέμβαση.

Δέχεται τη δεύτερη προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη κατά το μέρος που με αυτήν έγινε δεκτή η προσφορά της «.....» και αναδείχθηκε αυτή προσωρινός ανάδοχος ως προς το Τμήμα 1 του Διαγωνισμού.

Απορρίπτει την επί της δεύτερης προδικαστικής προσφυγής ασκηθείσα παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου της πρώτης προσφεύγουσας.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στην δεύτερη προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε την 1 Οκτωβρίου 2019 και εκδόθηκε στις 21 Οκτωβρίου 2019 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Άννα Χριστοδουλάκου

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Φωτεινή Μαραντίδου