

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 21 Φεβρουαρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος - Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου – Εισηγήτρια και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την, από 14.01.2022, Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 72/17.01.2022 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «...» με έδρα: ..., ΤΚ ..., ..., νομίμως εκπροσωπούμενης.

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

Με την ανωτέρω Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει, όπως ακυρωθούν συγκεκριμένοι όροι της υπ' αριθμ. ... Διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής, η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για την προμήθεια «Αναλωσίμων Υλικών Αναλυτών Αερίων Αίματος με συνοδό εξοπλισμό» (ΑΝΑΛΥΤΕΣ ΑΕΡΙΩΝ ΑΙΜΑΤΟΣ) (CPV ... Συσκευές ποιοτικής ή ποσοτικής ανάλυσης αερίων), για τις ανάγκες του ..., για χρονικό διάστημα ενός (1) έτους, προϋπολογισμού 113.207,55€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24%, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (Συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ: ...).

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

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ..., ποσού εξακοσίων ευρώ 600,00€ αναλογούν Παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την, από 14.01.2022, Προδικαστική Προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 72/17.01.2022, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Α.Ε.Π.Π, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, η ως άνω Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά Διακήρυξης που εκδόθηκε στο πλαίσιο δημόσιου, ανοικτού, ηλεκτρονικού Διαγωνισμού, συνολικού προϋπολογισμού 113.207,55€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24%, ανώτερου του ορίου που θεσπίζεται στο άρθρο 345 του Ν. 4412/2016 για την καθ' ύλη αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης, δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 του Ν. 4487/2017 (Α' 116), δεδομένου ότι η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε μετά τις 26.06.2017.

4. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα προσβάλλει την ως άνω Διακήρυξη, καθόσον η κατ' αυτής Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (γ) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (γ) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής, αναρτήθηκε στο σύστημα Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ και στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου Διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 27.12.2021.

5. Επειδή, η προσφεύγουσα, η οποία δραστηριοποιείται στο υπό ανάθεση αντικείμενο (προμήθεια αναλωσίμων υλικών Αναλυτών Αερίων Αίματος), στρέφεται κατά συγκεκριμένων τεχνικών προδιαγραφών του Παραρτήματος ΙΙ της επίμαχης Διακήρυξης, οι οποίες είναι: α) καταχρηστικές, αφού, ως υποστηρίζει, «φωτογραφίζουν» τα προϊόντα συγκεκριμένης εταιρίας, εισάγοντας έτσι δυσμενή διάκριση σε βάρος των λοιπών ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων και β) αόριστες/ασαφείς, κατά παράβαση της αρχής της διαφάνειας, οι οποίες καταλείπουν - μη νομίμως - ευρεία διακριτική ευχέρεια στο όργανο αξιολόγησης των προσφορών και επιπλέον, δεν συνάδουν με το τιθέμενο κριτήριο ανάθεσης (χαμηλότερη τιμή). Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, καθόσον, λόγω της θέσπισης των υπ' αριθμ. 1, 2, 5, 11 και 15 τεχνικών προδιαγραφών στην υπ' αριθμ. ... Διακήρυξη (βλ. Παράρτημα ΙΙ «ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ – ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ»), παρεμποδίζεται όπως συμμετάσχει στον ένδικο Διαγωνισμό.

Α) Υπενθυμίζεται στο σημείο αυτό, ότι το έννομο συμφέρον αφορά κάθε νομική ή πραγματική κατάσταση που αναγνωρίζεται από το δίκαιο και από την οποία ο αιτών βάσει ενός ιδιαίτερου δεσμού αντλεί ωφέλεια, η οποία θίγεται από την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη (Γλυκερία Π. Σιούτη, «Το έννομο συμφέρον στην αίτηση ακύρωσης», Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1998, σελ. 23). Ειδικότερα, όσον αφορά την Προσφυγή κατά όρων Διακήρυξης, ο προσφεύγων **πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον όρο της Διακήρυξης**, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣΤΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, «Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων», Β' έκδοση, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2017, σελ. 756).

Επισημαίνεται ότι, ως επίκληση βλάβης, νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο προβολή παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά η επίκληση των συγκεκριμένων και

Αριθμός απόφασης: 361 /2022

αρκούντως εξειδικευόμενων (και τεκμηριωμένων, ενόψει των συνθηκών) στοιχείων, που αφορούν τη νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου ενδιαφερόμενου, εκ των οποίων, είτε αποκλείεται, είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή του στον Διαγωνισμό, είτε προδιαγράφεται (άμεσα ή έμμεσα) εις βάρος του το αποτέλεσμα του, λόγω αδυναμίας του να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις, ανεξαρτήτως της μη συμμετοχής της στην ένδικη διαδικασία (ΣτΕ 1259/2019). ενώ περαιτέρω, εάν, εν συνεχεία, λάβει μέρος στον διαγωνισμό, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, η συμμετοχή του στο διαγωνισμό να συνοδεύεται από την διατύπωση επιφυλάξεως ως προς τη νομιμότητα του όρου ή των όρων της διακήρυξης από τους οποίους βλάπτεται (βλ. Ε.Α. 352/2018, 86/2018, ΔΕΦΑΘ (Αναστ.)44/2015, (Ασφ) 561 /2013, ΣτΕ(ΕΑ) 314/2013, ΣτΕ (ΕΑ) 472/2012, ΣτΕ 1415/2008 Ολομ. κ.ά και, μεταξύ άλλων, Αποφάσεις Α.Ε.Π.Π 578/2018, Α370/2019. Α129/2021 κλπ).

Περαιτέρω, όπως ομοίως έχει κριθεί, κατά την έννοια των διατάξεων του Ν. 4412/2016, εάν η ταχθείσα με τη Διακήρυξη προθεσμία για την υποβολή προσφοράς ή αιτήσεως συμμετοχής έχει λήξει, προτού εκδικασθεί η αίτηση παροχής προσωρινής προστασίας και ο αιτών δεν έχει λάβει μέρος στον διαγωνισμό, έστω με επιφύλαξη, το έννομο συμφέρον του προς άσκηση αιτήσεως αναστολής κατά της Διακηρύξεως διατηρείται μόνον εφ' όσον προβάλλει ότι η Διακήρυξη περιλαμβάνει όρο, ο οποίος αποκλείει παρανόμως τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό ή καθιστά ανέφικτη ή ουσιωδώς δυσχερή την εκ μέρους του υποβολή προσφοράς ή αιτήσεως συμμετοχής (βλ. ΣτΕ 1259/2019, 4606/2012, 1987/2011)

Εν όψει των ανωτέρω, η προσφεύγουσα θεμελιώνει άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της εξεταζόμενης Προδικαστικής Προσφυγής. Και τούτο, διότι, η εν λόγω εταιρία προσδιορίζει επαρκώς ότι στην ένδικη Διακήρυξη περιλαμβάνονται τεχνικές απαιτήσεις, οι οποίες δυσχεραίνουν ουσιωδώς την συμμετοχή της στον Διαγωνισμό.

Β) Όπως ειδικότερα υποστηρίζει η προσφεύγουσα: *«[...] Η εταιρεία μας θέλει να λάβει μέρος στον διαγωνισμό, ως διαθέτουσα τα ζητούμενα από αυτόν είδη, υποβάλλοντας νομίμως και εμπροθέσμως την προσφορά της, πλην όμως η συμμετοχή της καθίσταται αδύνατη, άλλως πολύ δυσχερής και μάλιστα υπό*

Αριθμός απόφασης: 361 /2022

τον κίνδυνο της μη σύννομης απόρριψης της προσφοράς της εξαιτίας των ως κατωτέρω παρανόμων όρων της διακήρυξης.

Με την παρούσα προσφεύγουμε κατά της προαναφερόμενης διακήρυξης νόμιμα και εμπρόθεσμα για τους ακόλουθους νόμιμους και βάσιμους λόγους:

ΛΟΓΟΙ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ

Οι τεχνικές προδιαγραφές πρέπει να διατυπώνονται έτσι ώστε να διασφαλίζεται η μεγαλύτερη δυνατή ευρύτητα συμμετοχής στον διαγωνισμό και να μη δημιουργούνται αδικαιολόγητα εμπόδια στον ανταγωνισμό.

Η αναθέτουσα αρχή έχει κατ' αρχή διακριτική ευχέρεια να καθορίζει αυτή τις προδιαγραφές και τις λοιπές λεπτομέρειες του διαγωνισμού, όχι όμως σε βαθμό που αποκλείει ή να δυσκολεύει υπέρμετρα τον ανταγωνισμό και ασκεί καταχρηστικά τη διακριτική της ευχέρεια με όρους που δεν είναι απόλυτα αναγκαίοι για το Νοσοκομείο ούτε και είναι εφικτή η πλήρωση τους από τους προμηθευτές, πλην ελάχιστων. Και πράγματι ο συνδυασμός των κατωτέρω προσβαλλόμενων όρων και τεχνικών προδιαγραφών είναι ασυνήθης, υπερβολικός και αδικαιολογήτως περιορίζει σημαντικά τη συμμετοχή των υποψήφιων προμηθευτών, άλλως καθιστούν τη συμμετοχή τους επισφαλή, όπως και τη δική μας, όπως προαναφέραμε, προσβάλλουν την αρχή της ελευθερίας του ανταγωνισμού, αντιβαίνουν την αρχή της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας, η τήρηση των οποίων νομίμως ελέγχεται (πρβλ. ΣτΕ 189/2015, ΕΑ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.).

Στο άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), παράγραφος 1 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης.

Κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας κατ' αρ. 25 παρ. 1 Συντ., θα πρέπει να επιλέγεται το μείγμα εκείνο μέτρων, το οποίο είναι εξίσου κατάλληλο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού, πλην όμως το ίδιο προκαλεί την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη. Κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι

Αριθμός απόφασης: 361 /2022

συγχρόνως αναγκαίο και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. Συνεπώς, στην περίπτωση των δημοσίων συμβάσεων, οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν να εφαρμόζουν κριτήρια επιλογής τα οποία είναι αναλογικά προς τα χαρακτηριστικά της εκάστοτε διαδικασίας. Περαιτέρω, η αρχή της αναλογικότητας, αποτελεί γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου, σύμφωνα με την οποία, κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίο και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. (ΔΕΕ, Απόφαση της 22.10.2015, Υπόθεση C-425/14, Impresa Edilux Sri, σκέψη 29, ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική Α.Ε, σκέψη 49, ΔΕΕ, Απόφαση της 23.12.2009, Υπόθεση C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, σκέψη 33, ΔΕΕ, Απόφαση της 19.05.2009, Υπόθεση C-538/07, Assitur, σκέψεις 21 και 23, ΔΕΕ, Απόφαση της 14.12.2004, Υπόθεση C-210/03, Swedish Match, σκέψη 47, ΔΕΕ Απόφαση της 11.07.2002, Υπόθεση C-210/00, Kaserei Champignon Hofmeister, σκέψη 59 κλπ) [...]

Στο άρθρο 86 «Κριτήρια ανάθεσης των συμβάσεων» (άρθρο 67 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «1. Με την επιφύλαξη των εθνικών διατάξεων νόμου ή διοικητικών πράξεων σχετικά με την τιμή ορισμένων αγαθών ή την αμοιβή ορισμένων υπηρεσιών, οι αναθέτουσες αρχές βασίζουν την ανάθεση των δημόσιων συμβάσεων στην πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά. 2. Η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά κατά την κρίση της αναθέτουσας αρχής προσδιορίζεται βάσει της τιμής ή του κόστους, με χρήση προσέγγισης κόστους-αποτελεσματικότητας, όπως της κοστολόγησης του κύκλου ζωής, σύμφωνα με το άρθρο 87 και μπορεί να περιλαμβάνει τη βέλτιστη σχέση ποιότητας - τιμής, η οποία εκτιμάται βάσει κριτηρίων...»

Συγκεκριμένα επί της ουσίας επί των μη σύννομων όρων, οι οποίοι παρακωλύουν μη συννόμως τη συμμετοχή μας στον διαγωνισμό:

I. Στην υπ' αριθ. 2 προδιαγραφή (σελ. 64 διακήρυξης) ζητείται: «2. Να αναλύει δείγματα από ολικό αίμα για την άμεση μέτρηση των παραμέτρων: pH, pCO₂, pO₂, K⁺, Na⁺, Ca⁺⁺, Cl, Glucose, Lactate, Hct, Hb. SO₂, MetHb. COHb. O₂Hb. HHb.»

Οι ζητούμενες εξετάσεις «Hct, Hb» παρέχουν την ίδια διαγνωστική πληροφορία, καθιστώντας υπέρμετρη και μη αναγκαία την ταυτόχρονη άμεση μέτρηση τους. Οι αναλυτές της εταιρείας μας μετρούν με μέγιστη αξιοπιστία την

Αριθμός απόφασης: 361 /2022

Hb / αιμοσφαιρίνη, η οποία αποτελεί άλλωστε και την μέτρηση αναφοράς σε κάθε αιματολογικό εργαστήριο και μέσω αυτής υπολογίζει τον αιματοκρίτη καλύπτοντας έτσι την πιθανή ανάγκη του Νοσοκομείου για την τιμή του Hct, με την διαφορά, ότι η μέτρηση του δεν είναι άμεση αλλά υπολογιστική / έμμεση μέσω της άμεσης μετρούμενης Hb.

Επειδή:

1. Η εταιρεία μας παρέχει τις απαιτούμενες διαγνωστικές πληροφορίες παρέχοντας την άμεση μέτρηση Hb / αιμοσφαιρίνης και έμμεσης / υπολογιστικής μέτρησης Hct / αιματοκρίτη
2. Η μέτρηση της αιμοσφαιρίνης αποτελεί την μέθοδο αναφοράς
3. Στο Νοσοκομείο επί σειρά ετών λειτουργούν αναλυτές της εταιρείας μας παρέχοντας το σύνολο των απαιτούμενων διαγνωστικών πληροφοριών δίχως την ταυτόχρονη άμεση μέτρηση Hct - Hb, χωρίς να μας έχει αναφερθεί κάποιο πρόβλημα
4. Η συγκεκριμένη απαίτηση σε συνδυασμό με τις υπόλοιπες προδιαγραφές οδηγούν σύμφωνα με την πολυετή εμπειρία μας στο αντικείμενο του διαγωνισμού στην προμήθεια από ένα προμηθευτή εξαλείφοντας τον ανταγωνισμό.
5. Η μη άμεση μέτρηση του αιματοκρίτη δεν αποτελεί αδυναμία των αναλυτών μας, αλλά αποφυγή μη αναγκαίας υπερβολής, για την εξοικονόμηση αναλώσιμων υλικών προς όφελος του δημοσίου συμφέροντος.

Η απαίτηση για ταυτόχρονη μέτρηση Hct -Hb θα πρέπει να ακυρωθεί και μπορεί το Νοσοκομείο να θέσει εναλλακτικά την άμεση μέτρηση Hct ή Hb, ώστε να συμμετάσχει και η εταιρεία μας και άλλες εταιρείες και να εξασφαλισθεί ο σκοπούμενος ανταγωνισμός.

II) Στις τεχνικές προδιαγραφές των αναλυτών (σελ. 64 διακήρυξης) επίσης ορίζεται «1. Ο προσφερόμενος αναλυτής να είναι ... τελευταίο μοντέλο τρέχοντος έτους...».

α) Ο όρος αυτός εισάγει μη αναγκαία και αδικαιολόγητη ανισότητα μεταξύ των αναλυτών, η οποία προδήλως πλήττει τον σκοπούμενο με τον δημόσιο διαγωνισμό ανταγωνισμό. Προφανώς θέλει να διασφαλίσει σύγχρονης τεχνολογίας αναλυτή, πλην όμως ο όρος είναι ανεπιτυχής. Υπό την εφαρμογή όμως του όρου αυτού, οι αναλυτές πρέπει να είναι μοντέλο έτους 2021. Αποκλείονται αδικαιολογήτως μοντέλα ετών 2019 - 2020, τα οποία μπορεί να

Αριθμός απόφασης: 361 /2022

είναι προηγμένης τεχνολογίας, η οποία δεν ξεπεράστηκε το έτος 2021. Το πιο πρόσφατο μοντέλο που διαθέτουμε ..., κυκλοφορεί από το έτος 2019, πλην όμως είναι εντελώς σύγχρονης τεχνολογίας και καλύπτει πλήρως τις ανάγκες της αναθέτουσας αρχής και όλων των άλλων Νοσοκομείων δημόσιων και ιδιωτικών.

β) Εάν πάλι ο όρος έχει την έννοια της παραγωγής του συγκεκριμένου μηχανήματος εντός του έτους 2021, τούτο δεν είναι ευκρινές και ο όρος πάσχει αοριστία.

III) Στην τεχνική προδιαγραφή με αριθ. 5 ορίζεται: «5. Να λειτουργεί αποκλειστικά μέσω κασετών. Οι αντικαταστάσεις των κασετών να θέτουν τον αναλυτή εκτός λειτουργίας για βραχύ χρονικό διάστημα. **Σε κάθε περίπτωση θα εκτιμηθεί ο μικρότερος δυνατός χρόνος**».

α) Ο όρος αυτός πάσχει αοριστία, καθώς δεν καθορίζεται αντικειμενικώς το όριο του «βραχύ» έστω κατ' ανώτατο όριο, ώστε οι διαγωνιζόμενοι να κριθούν υπό την αρχή της διαφάνειας και όχι κατά την απόλυτη υποκειμενική κρίση του οργάνου αξιολόγησης, το οποίο αυθαιρέτως θα μπορεί να καθορίσει την έννοια του «βραχύ» και να απορρίψει τις προσφορές των διαγωνιζόμενων που δεν πληρούν, όχι κατά τη διακήρυξη, αλλά κατά το όργανο αξιολόγησης την προδιαγραφή αυτή.

β) Επιπλέον ενώ το κριτήριο επιλογής του διαγωνισμού είναι μόνο η χαμηλότερη τιμή, με τη φράση «θα εκτιμηθεί», εισάγει μη συννόμως τεχνική αξιολόγηση αναφερόμενη στην ποιότητα των αναλυτών, υποκρύπτουσα αφανή βαθμολόγηση των προσφερόμενων αναλυτών, η οποία όμως πραγματοποιείται μόνο όταν το κριτήριο επιλογής είναι κατά το άρθρο 86 ν. 4412/2016 η βέλτιστη σχέση μεταξύ ποιότητας και προσφερόμενης τιμής. Η τεχνική αξιολόγηση πρέπει να αφορά ατενώς μόνο την πλήρωση ή μη των τεχνικών προδιαγραφών. Επιπροσθέτως εισάγει και αοριστία και προκαλεί εύλογη αμφιβολία στους διαγωνιζόμενους υπό ποια κριτήρια θα κριθούν οι προσφορές τους.

IV) Στην προδιαγραφή με αριθ. 11 ορίζεται: «11. Θα εκτιμηθεί ιδιαίτερα η δυνατότητα του αναλυτή να έχει αυτονομία ποιοτικού ελέγχου τουλάχιστον 4 εβδομάδες χωρίς καμία επέμβαση από τον χειριστή».

Και στον όρο αυτό, ενώ το κριτήριο επιλογής του διαγωνισμού είναι μόνο η χαμηλότερη τιμή, με τη φράση θα εκτιμηθεί, εισάγει μη συννόμως τεχνική

Αριθμός απόφασης: 361 /2022

αξιολόγηση αναφερόμενη στην ποιότητα των αναλυτών, υποκρύπτουσα αφανή βαθμολόγηση των προσφερόμενων αναλυτών, η οποία όμως πραγματοποιείται μόνο όταν το κριτήριο επιλογής είναι η βέλτιστη σχέση μεταξύ ποιότητας και προσφερόμενης τιμής. Η τεχνική αξιολόγηση πρέπει να αφορά ατενώς μόνο την πλήρωση ή μη των τεχνικών προδιαγραφών. Επιπροσθέτως εισάγει και αοριστία και προκαλεί εύλογη αμφιβολία στους διαγωνιζόμενους υπό ποια κριτήρια θα κριθούν οι προσφορές τους.

IV) Στην προδιαγραφή με αριθ. 15 ορίζεται: «15. Σε περίπτωση βλάβης του αναλυτή η αποκατάσταση της βλάβης να γίνεται αυθημερόν ή να γίνεται άμεση αντικατάσταση του».

Και ο όρος αυτός έχει τεθεί αυθαιρέτως και αορίστως. Πιθανόν να εννοεί εντός 24ώρου, το οποίο όμως δεν είναι ευκρινές. Υπό τη στενή γραμματική εφαρμογή της έννοιας του αυθημερόν, ο χρόνος αποκατάστασης της βλάβης, προσδιορίζεται από την ώρα, που θα συμβεί η τυχόν βλάβη. Τούτο γιατί το αυθημερόν κυμαίνεται μεταξύ την 00.01' - 24.00' ώρα κάθε ημέρας. Εάν η βλάβη συμβεί π.χ. την 10 π.μ. ο χρόνος αποκατάστασης είναι 14 ώρες, ενώ εάν συμβεί την 22.00, ο χρόνος αποκατάστασης είναι μόνο 2 ώρες.[...]

6. Επειδή, έχει κριθεί ότι η αναθέτουσα αρχή είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει, κατά την κρίση της, τους όρους της Διακήρυξης για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας, ως προς τα προς προμήθεια προϊόντα, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, η δε θέσπιση με τη Διακήρυξη των προδιαγραφών που κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιαδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν των διαγωνιζομένων, των οποίων τα αγαθά δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (ΣΤΕ ΕΑ 201/2017, 124/2015, 9/2015, 354/2014). Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από την άποψη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και

Αριθμός απόφασης: 361 /2022

της αρχής της αναλογικότητας (ΣΤΕ 189/2015, ΕΑ 303/2020, 124/2015, 9/2015, 415/2014, 354/2014, 3719/2011, 676/2011 κλπ).

7. Επειδή, όπως έχει κρίνει το Δικαστήριο της Ε.Ε., οι αρχές της ίσης μεταχειρίσεως, της απαγορεύσεως των διακρίσεων και της διαφάνειας έχουν καθοριστική σημασία όσον αφορά τις τεχνικές προδιαγραφές, δεδομένου του κινδύνου δημιουργίας δυσμενών διακρίσεων εξαιτίας της επιλογής των τεχνικών προδιαγραφών ή λόγω του τρόπου με τον οποίο οι προδιαγραφές αυτές διατυπώνονται (βλ. Απόφαση της 10ης Μαΐου 2012, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών, C-368/10, EU:C:2012:284, σκέψη 62). Επίσης, ο βαθμός λεπτομέρειας των τεχνικών προδιαγραφών θα πρέπει να συνάδει με την αρχή της αναλογικότητας. Σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας, που αποτελεί γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου, κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίο και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού (ΔΕΕ, Απόφαση της 22.10.2015, Υπόθεση C-425/14, Impresa Edilux Srl, σκέψη 29, ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική Α.Ε, σκέψη 49, ΔΕΕ, Απόφαση της 23.12.2009, Υπόθεση C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, σκέψη 33, ΔΕΕ, Απόφαση της 19.05.2009, Υπόθεση C-538/07, Assitur, σκέψεις 21 και 23, ΔΕΕ, Απόφαση της 14.12.2004, Υπόθεση C-210/03, Swedish Match, σκέψη 47, ΔΕΕ Απόφαση της 11.07.2002, Υπόθεση C-210/00, Käserei Champignon Hofmeister, σκέψη 59 κλπ). Επισημαίνεται ότι η αρχή της αναλογικότητας έχει ιδιαίτερη εφαρμογή στον ευαίσθητο τομέα της δημόσιας υγείας. Πράγματι, όπως προκύπτει από πάγια νομολογία του Δικαστηρίου της ΕΕ, προκειμένου να κριθεί κατά πόσον κράτος μέλος έχει τηρήσει την αρχή της αναλογικότητας στον τομέα της δημόσιας υγείας, πρέπει να ληφθεί υπόψη το γεγονός ότι η υγεία και η ζωή των ανθρώπων κατέχουν πρωταρχική θέση μεταξύ των προστατευόμενων από τη Συνθήκη ΛΕΕ αγαθών και συμφερόντων. Επομένως, θα πρέπει, σε κάθε περίπτωση, να συνεκτιμάται κατά πόσον οι τεχνικές προδιαγραφές συνάδουν με τις αρχές της ίσης μεταχειρίσεως και της αναλογικότητας (βλ. Υπόθεση C-413/17 της 25ης Οκτωβρίου 2018 «Roche Lietuva» UAB, σκ. 26-42).

Αριθμός απόφασης: 361 /2022

8. Επειδή, έχει κριθεί ότι δεν αποκλείεται τυχόν περιορισμός του κύκλου των συμμετεχόντων, ως εκ των απαιτήσεων συγκεκριμένων προδιαγραφών, αν με αυτές οι συγκεκριμένες προδιαγραφές εξυπηρετούν αποτελεσματικά τις ανάγκες για την κάλυψη των οποίων τίθενται (ΣΤΕ 1105/2010, πρβλ. ΣΤΕ. 365/2007, Ε.Α. ΣΤΕ 267/2008). Επομένως, ο έλεγχος του συννόμου των ελαχίστων τεχνικών προδιαγραφών και των κριτηρίων επιλογής, θα πρέπει να συνεκτιμά τα ανωτέρω και μάλιστα να λαμβάνει υπόψη με ιδιαίτερη σοβαρότητα την ανά περίπτωση αιτιολογία που η αναθέτουσα παρέχει σχετικά με την καταλληλότητα και εν γένει διευκόλυνση που επιτυγχάνεται από συγκεκριμένους σχετικούς όρους. Τούτο δεν σημαίνει, ότι η αναθέτουσα αρχή δύναται να αποκλείει τον ανταγωνισμό, θεσπίζοντας, κατά το δοκούν, επί ποινή αποκλεισμού απαιτήσεις, αλλά ότι το αναγκαίο αυτών ερμηνεύεται και υπό την οπτική της χρηστικότητας και καταλληλότητας και ούτως, η διάκριση μεταξύ επιθυμητού και αναγκαίου αυτονόητα στενεύει.

9. Επειδή, ως αντίθετοι προς τη νομοθεσία μπορεί να θεωρηθούν όροι της Διακήρυξης όταν π.χ. είναι ασαφείς ή αντιφατικοί μεταξύ τους, οπότε πλήττουν τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης μεταξύ των διαγωνιζομένων ή και του υγιούς ανταγωνισμού μεταξύ τους (βλ. ΣΤΕ 923/2016), όταν ζητούν επιπρόσθετες προδιαγραφές έναντι των προτύπων τεχνικών προδιαγραφών, τις οποίες δεν πληρούν, κατ' ανάγκην, ιατροτεχνολογικά προϊόντα πιστοποιημένα με την ένδειξη CE και σύμφωνα με τα ισχύοντα εναρμονισμένα πρότυπα και την ευρωπαϊκή φαρμακοποιία (ΣΤΕ 1863/2014), όταν με σαφείς και χαρακτηριστικούς όρους, προσδιορίζεται το ζητούμενο προς προμήθεια προϊόν, χωρίς ιδιαίτερο λόγο (ΕλΣυν Μειζ. 7μελ. 2907/2012), είτε με άλλα χαρακτηριστικά που περιορίζουν υπέρμετρα τον ανταγωνισμό, σε σημείο που αποκλείονται όλοι οι πιθανοί προσφέροντες, πλην ενός («όροι φωτογραφικοί») (ΕλΣυν Μειζ.1923/2016) ή όταν έρχονται σε αντίθεση με ευρωπαϊκά ή εθνικά πρότυπα ή μονογραφίες, που έχουν ληφθεί υπόψη για τη σύνταξη των παραπάνω και έχουν δημοσιευθεί στην Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (βλ. υπ' αριθμ. 61/2018 Απόφαση Α.Ε.Π.Π.).

10. Επειδή, περαιτέρω, λόγοι με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στον διαγωνισμό επιχειρεί, υπό την μορφή της κατά τρόπο γενικό

Αριθμός απόφασης: 361 /2022

αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, με βάση δικές του εκτιμήσεις, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, είναι απορριπτικοί ως απαράδεκτοι (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 307/2007).

11. Επειδή, όπως αναφέρεται ρητώς στο άρθρο 18 του Ν. 4412/2016 και ως παγίως έχει κριθεί από τη νομολογία (Ε.Α ΣΤΕ Β' Τμήμα 1135/2010), οι όροι Διακήρυξης διαγωνισμού για την ανάθεση σύμβασης δημόσιας προμήθειας πρέπει να μην παραβιάζουν τις θεμελιώδεις αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των επιχειρηματιών (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις Αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, Επιτροπή κατά Δανίας, C-243/89, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, SIAC Construction, C-19/00, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, Μηχανική, C-213/07, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, MT Højgaard και Züblin, C-396/14, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, Universale-Bau, C-470/99, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manona, C-336/12, σκέψη 31).

12. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά, κατά την έννοια των διατάξεων του Ν. 3886/2010, η οποία δεν έχει μεταβληθεί εν προκειμένω με το παρόν νομοθετικό πλαίσιο (Ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο με τον νόμο αυτόν σύστημα παροχής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την πιθανολογούμενη εκ μέρους του αναθέτουσας αρχής παράβαση των κανόνων, οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και

Αριθμός απόφασης: 361 /2022

τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει Προδικαστική Προσφυγή κατά της Διακήρυξης ή τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί βλάβη από όρο της Διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει, κατά την άποψή του, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή του στον διαγωνισμό (ΕΑ 16, 9/2015, 415/2014, 314/2013. 616, 472, 434/2012, 182/2011 κ.α.). Σε περίπτωση, δε, που ο αιτών τελικώς μετάσχει στο διαγωνισμό με επιφύλαξη και προσβάλλει με την Προδικαστική του Προσφυγή συγκεκριμένο όρο της Διακηρύξεως, προβάλλοντας ότι ο όρος αυτός είναι παράνομος, διότι τον αποκλείει ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό, έχει έννομο συμφέρον για προσβολή του εν λόγω όρου, μόνον εφόσον προβάλλει ειδικούς ισχυρισμούς ότι, παρά το γεγονός ότι υπέβαλε προσφορά στον διαγωνισμό, ενδέχεται να υποστεί ζημία από τον όρο αυτό της Διακηρύξεως (ΣτΕ (Ασφ) 124/2015, ΕΑ 16/2015, 415/2014, 718, 616/2012 κá). Με βάση τα ως άνω, σε περίπτωση που κάποιος προτίθεται να στραφεί κατά όρων Διακήρυξης, θεωρώντας ότι την καθιστούν πλημμελή, θα πρέπει να επικαλεσθεί και να αποδείξει τη συγκεκριμένη ζημία που υφίσταται από τον όρο τον οποίο θεωρεί μη νόμιμο και όχι σύμφωνο με τη νομοθεσία που διέπει τους διαγωνισμούς των δημοσίων συμβάσεων.

13. Επειδή, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι άμεσο και ατομικό /προσωπικό, υπό την έννοια ότι πρέπει να αφορά στον ενδιαφερόμενο προσωπικά και όχι ένα γενικό κύκλο προσώπων. Όσον αφορά τις κανονιστικές πράξεις «η προϋπόθεση για τη συνδρομή του προσωπικού εννόμου συμφέροντος συντρέχει όταν η προσβαλλόμενη κανονιστική ρύθμιση, θίγει συγκεκριμένες ελευθερίες ή δικαιώματα του αιτούντος, τα οποία κατοχυρώνονται από το Σύνταγμα και τους νόμους και των οποίων την πραγμάτωση επιδιώκει να αποκαταστήσει ο αιτών με την έκδοση της ακυρωτικής απόφασης» (Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», ΔιοικΔ,

Αριθμός απόφασης: 361 /2022

2010, τ. 4, σελ 847). Περαιτέρω, κατά τη θεωρία και νομολογία, το έννομο συμφέρον θα πρέπει να είναι και άμεσο από την άποψη ότι το προβαλλόμενο προσωπικό συμφέρον πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με το πρόσωπο του προσφεύγοντος, χωρίς να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, και ενεστώς, δηλαδή να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό (Π. Δαγτόγλου, Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014). Πρέπει, επομένως, να υπάρχει συρροή των κάτωθι: α) η προσβαλλόμενη πράξη έχει προκαλέσει βλάβη, υλική ή ηθική, και β) να υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της προσβαλλόμενης βλάβης (ΣτΕ 7μ. 1898/2016), ήτοι μια ειδική έννομη σχέση του προσφεύγοντα με την προσβαλλόμενη πράξη (Σπ. Βλαχόπουλος, όψεις της δικαστικής προστασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας – το παράδειγμα του ν. 2522/1997 για τα δημόσια έργα, 1998, σελ 199, Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2017, σελ. 745 επ.), άλλως, να την υφίσταται υπό συγκεκριμένη ιδιότητα ως υποψηφίου στην οικεία Διακήρυξη (ΣτΕ 880/2016 7μ. σκέψη 13, 1844/2013 7μ. σκέψη 15, 2973/1989), άλλως, ως ενδιαφερομένου μεν να συμμετάσχει σ' αυτήν, αλλά αποκλεισμένου δυνάμει ρήτρας της Προκηρύξεως (ΣτΕ 4606/2012, 1982-1985, 1987/2011) και δεν αρκεί το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για την σύννομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΣτΕ 4391/2011 7μ., 2446/1992 7μ.). Περαιτέρω, δέον είναι το έννομο συμφέρον να είναι και ενεστώς, ήτοι η βλάβη που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο να έχει ήδη επέλθει ή να είναι βέβαιο ότι θα επέλθει κατά τον χρόνο άσκησης της Προσφυγής (ΣτΕ 1442/97 ΔΔικ 1997/1136) και να υφίσταται σωρευτικά, τόσο κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης, όσο και κατά την άσκηση της Προσφυγής και την εξέταση αυτής (παρ. ενδεικτικά ΣτΕ 956/95 ΔΔικ 1995/577, ΣτΕ Ολομ. 280/96 ΔΔικ 1996/844, ΔτΕ 416/2002λ 2239/2003, Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», ΔιοικΔ, 2010, τ.4, σελ. 846-7). Δεν νομιμοποιείται, επομένως, όποιος θεμελιώνει το έννομο συμφέρον του σε μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα, τα οποία δεν αποτελούν αναγκαία συνέπεια της ακύρωσης της πράξης (ΣτΕ 1425/93 ΔΔικ 1994/831).

14. Επειδή, η βλάβη, ως βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, πρέπει να προσδιορίζεται ειδικώς (ΣτΕ 1995/2016). Οφείλει,

Αριθμός απόφασης: 361 /2022

δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται τις δυσμενείς μεταβολές που επέρχονται σε βάρος του από την πράξη προς θεμελίωση εννόμου συμφέροντος για την άσκηση Προσφυγής (βλ. ΣΤΕ 3905/2004).

15. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής του από την αναθέτουσα αρχή ή τον παρεμβαίνοντα, το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της Προσφυγής ως και από τον δικαστή (βλ. ΣΤΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κα). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος, με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣΤΕ 928/2004), υπό την έννοια ότι δεν δύναται το αρμόδιο όργανο να συμπληρώσει τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος καθόσον το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει ο τελευταίος (ΣΤΕ 4524/2009, 3900/2006) και μόνο προαποδεικτικώς (ΣΤΕ 1898/2016, 7μελής), ήτοι στην περίπτωση της Προσφυγής με την κατάθεσή της, εφόσον δεν προβλέπεται από τον Ν. 4412/2016 και το οικείο κανονιστικό πλαίσιο (ΠΔ 39/2017), η συμπλήρωση της Προσφυγής - και δη, όσον αφορά τη θεμελίωση του παραδεκτού της άσκησής της - με υποβολή υπομνήματος.

16. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, ελέγχεται αυτεπάγγελτα η συνδρομή των ουσιαστικών κριτηρίων του εννόμου συμφέροντος, με βάση το κατά πόσο από το έγγραφο της Προσφυγής και τα στοιχεία του φακέλου αποδεικνύεται η ύπαρξη του έννομου συμφέροντος. Δεν αρκεί δηλαδή ο προσφεύγων να επικαλείται την ύπαρξη έννομου συμφέροντος για την άσκηση της Προσφυγής, αλλά απαιτείται η προσκόμιση και μάλιστα προαποδεικτικώς - ως ισχύει και στην ακυρωτική δίκη - των απαραίτητων για την απόδειξη αυτού στοιχείων (ΣΤΕ Ολομ. 4570/96, ΔΔικ 1997/673, ΣΤΕ 3664/1998, Βλαδίμηρος Δ. Μωυσίδης, «Κώδικας Διοικητικής Δικονομίας», Κατ' άρθρο ερμηνεία – νομολογία, Εκδόσεις Σάκκουλα ΑΕ, 2017). Υφίσταται, περαιτέρω, στο πλαίσιο της μεν ακυρωτικής δίκης προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος, γεγονός που δεν καθιστά θεμιτή τη μεταγενέστερη προσαγωγή αποδεικτικών στοιχείων θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος (ΣΤΕ 1393/2003), στη δε

Αριθμός απόφασης: 361 /2022

διαδικασία εξέτασης της Προδικαστικής Προσφυγής το έννομο συμφέρον θα πρέπει να προαποδεικνύεται με την άσκησή της.

17. Επειδή, με το με αρ. πρωτ. 886/21.01.2022 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής κοινοποιήθηκαν στην Αρχή οι απόψεις της Επιτροπής σύνταξης τεχνικών προδιαγραφών σε σχέση με την υπό κρίση Προσφυγή. Στο ως άνω έγγραφο αναφέρονται τα εξής: «[...] Μετά την κοινοποίηση της προδικαστικής προσφυγής, η Επιτροπή Σύνταξης Τεχνικών Προδιαγραφών με το υπ αριθ. πρωτ 884./21-01-2022, κατάθεσε τις κάτωθι απόψεις: ΘΕΜΑ: Διευκρινήσεις επί της Προσφυγής Ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. για τον Δημόσιο διαγωνισμό «Αναλώσιμων υλικών αερίων αίματος με συνοδό εξοπλισμό» Απόψεις Η Επιτροπή επικαιροποίησης των τεχνικών προδιαγραφών για το Δημόσιο Διαγωνισμό «Αναλωσίμων υλικών αερίων αίματος με συνοδό εξοπλισμό», όπως αυτή ορίστηκε με την υπ' αριθ. 869/19-10-2020 απόφαση Διοικητή και απαρτίζεται από τους: Πρόεδρος: ... Τακτικά Μέλη: Συνεδρίασε και συναποφάσισε, **την κοινοποίηση των κάτωθι διευκρινήσεων επί της προσφυγής ενώπιον της Α.Ε.Π.Π .για το Δημόσιο διαγωνισμό «Αναλωσίμων υλικών αερίων αίματος με συνοδό εξοπλισμό»:**

Ειδικότερα:

Σύμφωνα με την 16/18-05-2021 απόφαση ΔΣ οι τεχνικές προδιαγραφές τέθηκαν σε δημόσια διαβούλευση Επί των τεχνικών προδιαγραφών κατέθεσε παρατηρήσεις η προσφεύγουσα εταιρεία. Η επιτροπή προεβη στην τροποποίηση των αρχικών τεχνικών προδιαγραφών Με το υπ αριθμ 29/28-09-2021 ΔΣ πρακτικό εγκρίθηκαν οι τροποποιημένες προδιαγραφές και προκηρύχτηκε ο διαγωνισμός. Με την προδικαστική προσφυγή ΓΑΚ ΑΕΠΠ η εταιρεία «...» στρέφεται κατά των τεχνικών προδιαγραφών και συγκεκριμένα: Για την προδιαγραφή 2 σελ. 64 διακήρυξης έχει απαντηθεί πειστικά κατά την δημόσια διαβούλευση.

Επί της προκειμένης προσφυγής στη σελ. 7 η έκφραση «Οι ζητούμενες εξετάσεις Hct, Hb καθιστώντας υπέρμετρη και μη αναγκαία την ταυτόχρονη άμεση μέτρησή τους», θα μας εύρισκε απολύτως σύμφωνους εάν η μέτρηση του αιματοκρίτη απευθυνόταν σε υγιή άτομα ή σε ασθενείς με ήπια νόσο. Όμως, στις Μονάδες Εντατικής Θεραπείας (ΜΕΘ) δεν ισχύει αυτό διότι,

Αριθμός απόφασης: 361 /2022

οι ιατροί και το νοσηλευτικό προσωπικό των ΜΕΘ χειρίζονται, σε καταστάσεις τεράστιας πίεσης χρόνου και συνθηκών, ασθενείς με βαρεία νόσο και κάθε χειρισμός τους και κάθε ελάχιστη λεπτομέρεια του κάθε χειρισμού τους έχει άμεσο αποτέλεσμα για την επιβίωση ή το ΘΑΝΑΤΟ των νοσηλευομένων στις ΜΕΘ ασθενών. Για τον ανωτέρω λόγο επιμένουμε στην ταυτόχρονη άμεση μέτρηση τόσο της αιμοσφαιρίνης (Hb) όσο και του αιματοκρίτη (Ht) γιατί έτσι διασφαλίζεται περισσότερο η ακρίβεια της κάθε μέτρησης και η αξιοπιστία της διαγνωστικής πληροφορίας που προκύπτει από αυτές συγκριτικά με μία λάθος μέτρηση (πάντοτε πιθανή σε ένα μηχάνημα) και τον συνεπακόλουθο ανακριβή υπολογισμό του αιματοκρίτη και τελικά της παροχής λανθασμένης διαγνωστικής πληροφόρησης. Και ειδικά σε εποχή πανδημίας από την COVID 19 το 5 διπλοσεκάρισμα της διαγνωστικής πληροφόρησης όταν μπορεί να γίνει, είναι απαίτηση για την καλή έκβαση του κάθε ασθενούς με βαρεία νόσο. Θεωρούμε, επιπρόσθετα, ότι αποτελεί υποτίμηση της προσφοράς και του έργου του ιατρονοσηλευτικού προσωπικού των ΜΕΘ, απόψεις που γράφονται, σε συνθήκες ευνοϊκές και με ασφάλεια, για δύσκολα, λεπτά και απαιτητικά θέματα που σχετίζονται με την ανθρώπινη επιβίωση και ειδικά στην εποχή της πανδημίας που διανύουμε!!! Όσον αφορά ότι η άμεση μέτρηση της αιμοσφαιρίνης (Hb) όσο και του αιματοκρίτη (Ht) εξαλείφει τον ανταγωνισμό, είναι άποψη αυθαίρετη, διότι στην απάντηση της επιτροπής κατά τη διαβούλευση αναφέρθηκαν ότι υπάρχουν αρκετές άλλες εταιρείες (π.χ., ... κα), που διαθέτουν άμεση μέτρηση Hct και Hb. και δύνανται να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό.

Επιπλέον σχετικά με τις προδιαγραφές Νο 1, 5, 11, και 15 που αναφέρονται στην προδικαστική προσφυγή η Επιτροπή απαντά ως εξής: 1. Ο προσφερόμενος αναλυτής να είναι καινούργιος και αμεταχειρίστος, σύγχρονης τεχνολογίας κασετών, κατάλληλος για καθημερινή και 24ωρη νοσοκομειακή χρήση, με ενσωματωμένο εκτυπωτή και έγχρωμη οθόνη αφής. 5. Να λειτουργεί αποκλειστικά μέσω κασετών. Οι αντικαταστάσεις των κασετών να θέτουν τον αναλυτή εκτός λειτουργίας για βραχύ χρονικό διάστημα, το οποίο ορίζεται στα 60 λεπτά κατ' ανώτατο όριο. 11. Να έχει αυτονομία ποιοτικού ελέγχου τουλάχιστον 2 εβδομάδες χωρίς καμία επέμβαση από τον χειριστή. 15. Σε περίπτωση βλάβης του αναλυτή η αποκατάσταση της βλάβης να γίνεται εντός 24 ωρών ή να γίνεται άμεση αντικατάσταση του.».

18. Επειδή, στις 11.02.2022, η εν λόγω προσφεύγουσα υπέβαλε εμπροθέσμως Υπόμνημα, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε και ισχύει, όπου αναφέρει τα κάτωθι: «[...] Σχετικά με τον 1ο λόγο της προδικαστικής προσφυγής μας και την υπ' αριθ. .2 εκ των τεχνικών προδιαγραφών.

Η επιτροπή προδιαγραφών στις απόψεις ισχυρίζεται, ότι η επίμαχη ταυτόχρονη Ht/Hb μέτρηση διασφαλίζει την ακρίβεια και την αξιοπιστία της διαγνωστικής πληροφορίας. Συμφωνούμε με την άποψη της επιτροπής ότι στις Μ.Ε.Θ. τα αποτελέσματα αφορούν Θάνατο και επείγουσα αντιμετώπιση. Απορούμε για την επισήμανση των λέξεων και αυτό γιατί σκοπός των εγγράφων είναι η παροχή αποδείξεων και όχι η δημιουργία εντυπώσεων. Η επιτροπή προδιαγραφών μη έχοντας βάσιμα και ισχυρά επιστημονικά επιχειρήματα αναφερόμενα στη κριτική σκέψη, προβάλλει τις λέξεις «επιβίωση» και «ΘΑΝΑΤΟ» θέλοντας να προκαλέσει στην ΑΕΠΠ συναισθηματικά διλήμματα. Η προβολή όμως αυτή, καταρχήν πλήττει την ίδια την αναθέτουσα αρχή. Το Νοσοκομείο επί πολλά έτη χρησιμοποιεί στις ΜΕΘ αναλυτή μας, ο οποίος δεν διενεργεί άμεση μέτρηση του αιματοκρίτη. Δηλαδή το Νοσοκομείο έθετε σε κίνδυνο «επιβίωσης» και «ΘΑΝΑΤΟΥ» τους ασθενείς του και θέλει μόλις τώρα να τους διαφυλάξει; Απόδειξη ότι πλήρως καλύπτουμε τις ζητούμενες διαγνωστικές απαιτήσεις αποτελεί:

- I. Η επί σειρά ετών λειτουργία αναλυτή μας στο ίδιο το Νοσοκομείο Ενδεικτικά αναφέρουμε ότι στο Νοσοκομείο είναι εγκατεστημένοι αναλυτές σε i. Μονάδα Εντατικής Νοσηλείας από το Σεπτέμβριο του 2015.*
- ii. Νέα Μ.Ε.Θ. COVID από τον Απρίλιο του 2021. Οι αναλυτές εξυπηρετούν απόλυτα τμήματα εξαιρετικά ευαίσθητα. Δεν έχει διαπιστωθεί, αναφερθεί προφορικώς και εγγράφως διαγνωστική ανεπάρκεια για 7 έτη. Και φυσικά σε καμία περίπτωση Θάνατος λόγω διαγνωστικής ανεπάρκειας καθώς θα υπήρχαν αναφορές , διαδικασίες, εξετάσεις, ακόμα και διώξεις στα πλαίσια απόδοσης ευθυνών από τη Διοίκηση του Νοσοκομείου. Επισημαίνουμε, ότι κατά την δημιουργία της νέας ΜΕΘ COVID κληθήκαμε και μας εμπιστεύτηκε το Νοσοκομείο για τον εξοπλισμό με Αναλυτή αερίων αίματος. Η επίκληση συνεπώς της πανδημίας για την πρόκληση εντυπώσεων στην ΑΕΠΠ είναι τουλάχιστον εντελώς ατυχής, καθώς οι αναλυτές μας προτιμήθηκαν και*

Αριθμός απόφασης: 361 /2022

ανταποκρίθηκαν πλήρως στις επιστημονικές ανάγκες αντιμετώπισης της. Όσον αφορά τα δήθεν περί υποτίμησης της προσφοράς και του έργου του ιατρονοσηλευτικού προσωπικού των ΜΕΘ. ειδικά στην εποχή της πανδημίας, το αποκρούουμε όχι με λόγια, αλλά με τη μακρόχρονη συμπεριφορά μας στο προσωπικό των ΜΕΘ., καθώς όλο το επιστημονικό και τεχνικό δυναμικό της Εταιρείας μας αόκνως και πλήρως επί 24ωρο παρείχε και συνεχίζει να παρέχει τις υπηρεσίες και βοήθεια του στο προσωπικό των ΜΕΘ στηρίζοντας την καθ' υπέρβαση των δυνάμεων του προσφορά του. Τέλος να τονίσουμε, ότι η Εταιρεία μας με τους αναλυτές της στάθηκε επάξια στις προκλήσεις και αντιμετώπιση της πανδημίας όταν οι ΜΕΘ ασφυκτιούσαν. Η επίκληση της πανδημίας για λόγους όχι επιστημονικούς, αλλά χάριν εντυπωσιασμού τώρα, που υπάρχει μεγάλη κάμψη στις ΜΕΘ και μελλοντικώς μεγαλύτερη, είναι τουλάχιστον ανεπίκαιρη.

II. Απόδειξη αποτελεί η προσκόμιση ενδεικτικά συμβάσεων με το ίδιο αντικείμενο του υπό κρίση διαγωνισμού με δημόσια και Ιδιωτικά Νοσοκομεία. Προσκομίζουμε συμβάσεις με μεγάλα Νοσοκομεία που εξυπηρετούν Μονάδες, Τμήματα COVID και κάθε απαίτηση. Π.χ. ..., όπου αναλυτές είναι εγκατεστημένοι σε Μ.Ε.Θ., τμήματα και μονάδες COVID -καθώς το Νοσοκομείο είναι Νοσοκομείο αναφοράς- Χειρουργεία, ΤΕΠ, Πνευμονολογικές κ.α.. Επομένως, με αποδείξεις, οι αναλυτές μας καλύπτουν διαχρονικά και πλήρως τις ανάγκες του Νοσοκομείου και κάθε άλλου Νοσοκομείου που λειτουργούν χωρίς την άμεση μέτρηση αιματοκρίτη.

• Η επιτροπή προδιαγραφών επίσης ισχυρίζεται ότι η ταυτόχρονη μέτρηση Hb/Hct τη διασφαλίζει στην λήψη λανθασμένης πληροφορίας. Προς απάντηση και πληροφόρηση καταθέτουμε αποδείξεις μέσω μελετών. Σε αυτές αποδεικνύεται ότι η μέτρηση Hct μπορεί να δώσει εσφαλμένες πληροφορίες , τις οποίες η μέτρηση Hb που παρέχουμε μπορεί να διορθώσει. Αν δε η μέτρηση Hct έχει άλλο αποτέλεσμα από τη μέτρηση Hb, ο χειριστής θα κάνει λάθος διάγνωση αν εμπιστευτεί την μέτρηση Hct καθώς: ο Η μέτρηση Hb είναι η μέθοδος αναφοράς, δηλαδή η μέθοδος με την μεγαλύτερη αξιοπιστία (γεγονός που φυσικά δεν αρνείται το Νοσοκομείο).

ο Η μέτρηση Hct σύμφωνα με τις κατατιθέμενες μελέτες -και όχι ισχυρισμούς - μειονεκτεί διαγνωστικά, καθώς επηρεάζεται από πλήθος συνήθων θεραπευτικών παρεμβάσεων 1,2,3,4,5. Θεωρούσαμε ότι η επιτροπή

Αριθμός απόφασης: 361 /2022

προδιαγραφών είχε υπόψη της τα ευρέως γνωστά συγκεκριμένα (και άλλα που δεν καταθέτουμε για να μην πλατειασούμε) επιστημονικά δεδομένα και στη διαβούλευση θα έκανε αποδεκτές τις παρατηρήσεις μας. Προφανώς δεν είχε τη σχετική πληροφόρηση πιθανά, γιατί δεν απαρτίζεται από προσωπικό της Μ.Ε.Θ. και δεν έχει εξοικείωση με την συγκεκριμένη απαίτηση. Αν είχαν π.χ γνώση της 4ης έρευνας που καταθέτουμε, θα γνώριζαν, ότι τα ενδοφλέβια διαλύματα (χρησιμοποιούνται αποκλειστικά σε βαρέως πάσχοντες στους οποίους κάνει αναφορά η επιτροπή, ότι χρειάζεται την μέτρηση Hct) προκαλούν μείωση στην τιμή του Hct και επομένως, εσφαλμένη διάγνωση. Είμαστε βέβαιοι, ότι εφόσον γνώριζαν δημοσιεύσεις σε έγκριτους ιστότοπους (π.χ. Pubmed) θα τις είχαν λάβει υπόψη. Κατά τη διαβούλευση είχαμε θέσει το ζήτημα διατηρώντας την πεποίθηση, ότι ήταν γνωστό και θα γίνουν δεκτές οι παρατηρήσεις μας. Θεωρούμε ότι μέσω της εμπειρίας μας, των γνώσεων μας, και των αποδείξεων που καταθέτουμε, έστω και τώρα συνεισφέρουμε στην ενημέρωση επιτροπών του Νοσοκομείου και της Α.Ε.Π.Π. (Συνημμένο ΕΝΤΥΠΟ ΜΕΛΕΤΩΝ προς διευκόλυνση σας)

• Η επιτροπή επίσης ισχυρίζεται ότι η άμεση μέτρηση Hb και Ht καλύπτεται και από άλλες εταιρείες και επομένως, δεν εξαλείφει τον ανταγωνισμό. Τούτο προβάλλεται αορίστως, καθώς δεν αρκεί να κατονομάζεται η Εταιρεία, αλλά ο συγκεκριμένος αυτής αναλυτής προκειμένου και εμείς να έχουμε τη δυνατότητα απάντησης και η ΑΕΠΠ να μπορεί να εκφέρει εμπειριστατωμένα την κρίση της. Ουσιαστικά η Επιτροπή δεν καταθέτει απόψεις επί της προδικαστικής μας προσφυγής. Και αυτό γιατί εμείς δεν θέτουμε το ζήτημα της ταυτόχρονης μέτρησης Hb/Ht ως μεμονωμένο κριτήριο αποκλεισμού για κάθε άλλη πλην μίας εταιρείας. Ρητά αναφέρουμε στη σελίδα 7 παράγραφος 4 της προσφυγής μας ότι ο ανταγωνισμός εξαλείφεται «σε συνδυασμό με τις υπόλοιπες προδιαγραφές» και επιτρέπει τη συμμετοχή σε μία μόλις εταιρεία. Η εταιρεία αυτή είναι η (...)/.... Γεγονός για το οποίο δεν κατέθεσε απόψεις το Νοσοκομείο. Προς απόδειξη, ότι πράγματι ισχύει η μη ανάπτυξη έστω στοιχειώδους ανταγωνισμού καταθέτουμε τα παρακάτω:

ο Ως προς τον ισχυρισμό ότι καλύπτει τις απαιτήσεις η εταιρεία ... Από τον ιστότοπο της εταιρείας προκύπτει, ότι τις παραμέτρους Γλυκόζης και Γαλακτικού, που ζητάνε οι προδιαγραφές έχουν οι κάτωθι αναλυτές. ▪ ... <https://www....com/en/products/bloodgas-testing/...-analyzer> ▪ ...

Αριθμός απόφασης: 361 /2022

<https://www.../en/products/blood-gastesting/...> blood-gas-analyzer Οι οποίοι διαθέτουν μόνο μέτρηση Hb. Κανένας αναλυτής της ... - ο οποίος να σημειωθεί είναι εκ των κορυφαίων αν όχι ο κορυφαίος παγκοσμίως οίκος αναλυτών αερίων αίματος- δεν διαθέτει ταυτόχρονη μέτρηση Hb/Hct , και τα παραπάνω μοντέλα της, που προορίζονται για Μ.Ε.Θ. διαθέτουν μόνο Hb. Ενδεχόμενη συμμετοχή θα οδηγούσε σε αποκλεισμό της. (Συνημμένο έντυπο 1 προς διευκόλυνση σας)

ο Ως προς τον ισχυρισμό ότι καλύπτει τις απαιτήσεις η εταιρεία ... Στον ιστότοπο της εταιρείας, <https://.../global/en/products/productcategory/blood-gas.html> διαπιστώνουμε ότι διαθέτει 2 μοντέλα τα οποία έχουν Hb/Ht .Που σε συνδυασμό με άλλη προδιαγραφή αποκλείονται.

▪ ... <https://.../global/en/products/instruments/...html> το οποίο δίνει αποτελέσματα σε 2' (120") ▪ Στον ιστότοπο <http://...com/pdf/...pdf> βρίσκουμε το φυλλάδιο του αναλυτή, όπου στη σελίδα 7 διαπιστώνουμε ότι ο χρόνος μέτρησης (time to result) είναι 120 ". Υπενθυμίζουμε ότι στις προδιαγραφές (σελίδα 67) στο 8, ζητείται: Ο χρόνος μέτρησης να είναι μικρότερος από 60-70".Τα 120" μέτρησης στους αναλυτές της ... θα οδηγούσαν σε αποκλεισμό σε ενδεχόμενη συμμετοχή της. (Συνημμένο έντυπο 2 προς διευκόλυνση σας)

ο Ως προς τον ισχυρισμό ότι καλύπτει τις απαιτήσεις η εταιρεία ...Από τον ιστότοπο της εταιρείας <https://www....com/> διαπιστώνουμε ότι διαθέτει 2 αναλυτές με ταυτόχρονη μέτρηση Hb/Hct ▪ Στον ιστότοπο https://physiology.case.edu/media/eq_manuals/eq_manual_ST

[AT_Profile_..._for_Use_Manual.pdf](#) βρίσκουμε το εγχειρίδιο του αναλυτή όπου διαπιστώνουμε στο κεφάλαιο 6 αυτού ότι απαιτείται αντικατάσταση, αντλιών (pump tubing), βελόνας (probe) και αισθητήρα αναφοράς (Reference sensor).

▪ PhOx Ultra . Στον ιστότοπο https://www...file%20phox%20Ultra_compressed.pdf βρίσκουμε το φυλλάδιο του αναλυτή. Διαπιστώνουμε στη σελίδα 2 ότι απαιτεί συντήρηση (maintenance). Υπενθυμίζουμε ότι στις προδιαγραφές (σελίδα 67) στην υπό αριθ. 5, ζητείται: Να λειτουργεί αποκλειστικά μέσω κασετών. Και στην 6 ζητείται: Να απαιτείται μόνο .η αλλαγή της /των αναλώσιμων κασετών. Οι επιπλέον διαδικασίες αντικατάστασης και συντήρησης στους αναλυτές της ... θα οδηγούσαν σε αποκλεισμό σε ενδεχόμενη συμμετοχή της, σε 2 προδιαγραφές (Συνημμένο έντυπο 3 προς

Αριθμός απόφασης: 361 /2022

διευκόλυνση σας). Επιπλέον καμία από τις ως άνω εταιρείες - δεν έδειξε ενδιαφέρον κατά το στάδιο της διαβούλευσης. Επομένως ακόμα και να κάλυπταν τα ζητούμενα - που δεν το κάνουν - μόνο με τη συμμετοχή της εταιρείας μας θα αναπτυχθεί στοιχειώδης έστω ανταγωνισμός.

2. Όσον αφορά τις προδιαγραφές 1, 5, 11 και 15 δεν είναι κατανοητό εάν η Επιτροπή προτείνει τους νέους όρους, όπως αυτοί θα διατυπωθούν στη νέα διορθωμένη διακήρυξη ή επιχειρεί απαραδέκτως τροποποίηση αυτών. Σε κάθε περίπτωση συνομολογείται η βασιμότητα των αιτιάσεων μας κατά αυτών.

Στην προδιαγραφή 1, επαναδιατυπώνει αυτή χωρίς την επίμαχη φράση «τελευταίο μοντέλο τρέχοντος έτους».

Στην προδιαγραφή 5, όρισε τώρα το βραχύ διάστημα στα 60''.

Στην προδιαγραφή 11, αφαιρεί την εκτίμηση της προσφοράς και τροποποιεί τώρα απαραδέκτως τις 4 εβδομάδες σε 2. Η αρχική απαίτηση ήταν «Θα εκτιμηθεί ιδιαίτερα η δυνατότητα του αναλυτή να έχει αυτονομία ποιοτικού ελέγχου τουλάχιστον 4 εβδομάδες χωρίς καμία παρέμβαση χειριστή». Η εταιρεία μας δεν έθιξε το περιεχόμενο της προδιαγραφής, αλλά την ασάφεια αυτής. Αναφέρουμε συγκεκριμένα ότι «επειδή κριτήριο επιλογής είναι η χαμηλότερη τιμή, η φράση θα εκτιμηθεί, εισάγει μη συννόμως τεχνική αξιολόγηση στην ποιότητα των αναλυτών, υποκρύπτουσα αφανή βαθμολόγηση» και ζητάμε την απαλοιφή του όρου «θα εκτιμηθεί». Αντί αυτού η επιτροπή μεταβάλλει την ουσία της προδιαγραφής, χωρίς να υπάρχει καμία παρέμβαση, παρατήρηση ή προσφυγή επί αυτής μειώνοντας εντελώς αυθαίρετα τις ζητούμενες «4 εβδομάδες» σε 2. Θα θέλαμε σε αυτό το σημείο να επισημάνουμε ότι η αλλαγή αυτή, διευκολύνει και επιτρέπει επιπλέον στην μοναδική εταιρεία που καλύπτει τις προδιαγραφές, να προσφέρει και άλλες συσκευασίες. Συγκεκριμένα οι συσκευασίες των 150, 300, 450 δειγμάτων έχουν διάρκεια ποιοτικού ελέγχου 4 εβδομάδων, οι συσκευασίες των 600 δειγμάτων έχουν διάρκεια ποιοτικού ελέγχου 2 εβδομάδων. Απόδειξη των παραπάνω βρίσκουμε στον ιστότοπο της εταιρείας . <https://www...> όπου εντοπίζεται : Δεν θα πρέπει να ακυρωθεί ο όρος αυτός ως προς το χρόνο των 4 εβδομάδων.

Στην προδιαγραφή 15, επιχειρεί ερμηνευτική αντικατάσταση του «αυθημερόν» με το «εντός 24 ωρών» Κατά τα λοιπά αναφερόμαστε προς απόκρουση των

Αριθμός απόφασης: 361 /2022

αβάσιμων ισχυρισμών του Νοσοκομείου στην προδικαστική μας προσφυγή και στους εκεί προβαλλόμενους βάσιμους ισχυρισμούς μας.[...]».

19. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης, προκύπτουν τα εξής:

Καταρχάς, επισημαίνεται ότι το υπόψη Νοσοκομείο κοινοποίησε στην Αρχή τις Απόψεις της Επιτροπής Σύνταξης Τεχνικών Προδιαγραφών επί της παρούσας Προσφυγής (βλ. σκ. 17 της παρούσας), οι οποίες, ωστόσο, δεν εγκρίθηκαν εν συνεχεία από το Δ.Σ του Νοσοκομείου, ώστε να τεθούν σε ισχύ. Ο άτυπος δε χαρακτήρας των σχετικών Απόψεων της Επιτροπής, εμφανίζεται και από το ίδιο το, από 21.01.2022, έγγραφο του Νοσοκομείου, το οποίο τιτλοφορείται: «Απόψεις υπηρεσίας σχετικά με την αίτηση αναστολής εκτέλεσης - προσωρινών μέτρων και την προδικαστική προσφυγή ΓΑΚ Α.Ε.Π.Π 72/17-01-2022 της εταιρείας “...”».

● **1^{ος} λόγος Προσφυγής: Θέσπιση «φωτογραφικού» όρου που περιορίζει τον ανταγωνισμό (υπ’ αριθμ. 2 τεχνική προδιαγραφή)**

- Κατά την άποψη της προσφεύγουσας (που σημειωτέον προσφέρει αναλυτή που μετράει μόνο την Hct), οι ζητούμενες εξετάσεις «Hct, Hb» παρέχουν την ίδια διαγνωστική πληροφορία, καθιστώντας έτσι την απαίτηση της με αρ. 2 προδιαγραφής για ταυτόχρονη άμεση μέτρησή τους, υπέρμετρη, καταχρηστική και συνεπώς, μη αναγκαία. Προς τεκμηρίωση δε των ανωτέρω ισχυρισμών της, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι στο ... λειτουργούν επί σειρά ετών αναλυτές που έχει προσφέρει η ίδια, που παρέχουν το σύνολο των απαιτούμενων διαγνωστικών πληροφοριών, χωρίς να έχει αναφερθεί κάποιο πρόβλημα, παρόλο που δεν πληρούν την προσβαλλόμενη απαίτηση για ταυτόχρονη άμεση μέτρηση Hct – Hb. Τέλος, η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι η προσβαλλόμενη απαίτηση θα πρέπει να απαλειφθεί, αφού δεν στηρίζεται σε επιστημονικά δεδομένα (παραπέμπει μάλιστα σε σχετικές μελέτες προς τεκμηρίωση των οικείων αιτιάσεων της) και αντ’ αυτής, θα πρέπει να επιτραπεί (εναλλακτικά) η προσφορά αναλυτών που θα μετρούν άμεσα, είτε την Hct, είτε την Hb.

Αριθμός απόφασης: 361 /2022

- Ωστόσο, εν προκειμένω, γίνονται δεκτές οι απόψεις του υπόψη Νοσοκομείου, κατά τις οποίες η θέσπιση της επίμαχης απαίτησης [ταυτόχρονη άμεση μέτρηση, τόσο της αιμοσφαιρίνης (Hb), όσο και του αιματοκρίτη (Ht)], κρίθηκε αναγκαία όσον αφορά στις Μονάδες Εντατικής Θεραπείας (ΜΕΘ), όπου οι ιατροί και το νοσηλευτικό προσωπικό αντιμετωπίζουν επείγουσες καταστάσεις και ειδικότερα, την φροντίδα ασθενών με βαρεία νόσο, με συνέπεια, κάθε χειρισμός τους να πρέπει να είναι ακριβείας, διότι συνδέεται άμεσα με την επιβίωση (ή μη) των ασθενών αυτών. Συνεπώς, η θέσπιση της επίμαχης απαίτησης αποσκοπεί στη διασφάλιση της μεγαλύτερης δυνατής ακρίβειας κάθε μέτρησης και της αξιοπιστίας της διαγνωστικής πληροφορίας, ιδίως στις παρούσες κοινωνικές συνθήκες (πανδημία), όπου, ως υποστηρίζει το Νοσοκομείο, το «... διπλοσεκάρισμα της διαγνωστικής πληροφόρησης όταν μπορεί να γίνει, είναι απαίτηση για την καλή έκβαση του κάθε ασθενούς με βαρεία νόσο...».

Ως, εξάλλου, προελέχθη (βλ. σκέψη 6 της παρούσας), η αναθέτουσα αρχή είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει, κατά την κρίση της, τους όρους της Διακήρυξης για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας, ως προς τα προς προμήθεια προϊόντα, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, η δε θέσπιση με τη Διακήρυξη των προδιαγραφών που κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν των διαγωνιζομένων, των οποίων τα αγαθά δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (ΣτΕ ΕΑ 201/2017, 124/2015, 9/2015, 354/2014). Συναφώς, έχει κριθεί ότι δεν αποκλείεται τυχόν περιορισμός του κύκλου των συμμετεχόντων, ως εκ των απαιτήσεων συγκεκριμένων προδιαγραφών, αν με αυτές οι συγκεκριμένες προδιαγραφές εξυπηρετούν αποτελεσματικά τις ανάγκες για την κάλυψη των οποίων τίθενται (ΣτΕ 1105/2010, πρβλ. ΣτΕ. 365/2007, Ε.Α. ΣτΕ 267/2008). Εν όψει των ανωτέρω, απορρίπτεται ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος, σύμφωνα με τον οποίον: «η επίκληση ... της

Αριθμός απόφασης: 361 /2022

πανδημίας για την πρόκληση εντυπώσεων ... είναι τουλάχιστον εντελώς ατυχής...».

Όσον αφορά στον ισχυρισμό του προσφεύγοντος, κατά τον οποίον ο επίμαχος όρος είναι καταχρηστικός, διότι «φωτογραφίζει» τα προϊόντα της εταιρίας «...» (οίκος ...) γίνεται, επίσης, δεκτή η απάντηση του Νοσοκομείου, ότι δηλαδή κατά τη διαβούλευση των τεχνικών προδιαγραφών της εν θέματι Διακήρυξης «... αναφέρθηκαν ότι υπάρχουν αρκετές άλλες εταιρείες (π.χ. ..., ..., ... κα), που διαθέτουν άμεση μέτρηση Hct και Hb. και δύνανται να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό...».

Μάλιστα, οι αιτιάσεις του προσφεύγοντος, κατά τις οποίες οι προαναφερόμενες εταιρίες διαθέτουν μεν προϊόντα που πληρούν την υπ' αριθμ. 2 τεχνική προδιαγραφή, ωστόσο, οι Προσφορές τους θα απορριφθούν μετά βεβαιότητας, διότι τα προϊόντα τους δεν πληρούν έτερες τεχνικές προδιαγραφές της εν θέματι Διακήρυξης, δεν δύνανται νομίμως να ληφθούν υπόψη για τον χαρακτηρισμό της προσβαλλόμενης, υπ' αριθμ. 2 τεχνικής προδιαγραφής, ως «φωτογραφικής». Αλυσιτελώς δε προβάλλεται από τον προσφεύγοντα ότι: «*Επιπλέον, καμία από τις ως άνω εταιρείες - δεν έδειξε ενδιαφέρον κατά το στάδιο της διαβούλευσης. Επομένως ... μόνο με τη συμμετοχή της εταιρείας μας θα αναπτυχθεί στοιχειώδης έστω ανταγωνισμός.*».

Τέλος, απαραδέκτως προβάλλεται από τον προσφεύγοντα ότι: «*Το Νοσοκομείο επί πολλά έτη χρησιμοποιεί στις ΜΕΘ αναλυτή μας, ο οποίος δεν διενεργεί άμεση μέτρηση του αιματοκρίτη...*», καθόσον τα Νοσοκομεία αξιολογώντας τις εκάστοτε ανάγκες τους, όπως αυτές διαμορφώνονται από τις συνεχώς μεταβαλλόμενες κοινωνικές συνθήκες (υγειονομική κρίση), δύνανται να θεσπίζουν εκείνες τις τεχνικές προδιαγραφές που κάθε φορά κρίνουν ως πλέον κατάλληλες για την εξυπηρέτηση του δημόσιου σκοπού (προστασία δημόσιας υγείας), για τον οποίον διενεργείται ο διαγωνισμός. Για τους ανωτέρω λόγους, η προσφεύγουσα απαραδέκτως παραπέμπει σε Διακηρύξεις ίδιου αντικειμένου έτερων δημόσιων (π.χ. Νοσοκομείο ... κλπ) και ιδιωτικών Νοσοκομείων, στις οποίες δεν ετέθη η προσβαλλόμενη απαίτηση.

Θα πρέπει στο σημείο αυτό να επισημανθεί, ότι λόγοι με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στον διαγωνισμό επιχειρεί, υπό την μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της

Αριθμός απόφασης: 361 /2022

Διακηρύξεως, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, με βάση δικές του εκτιμήσεις, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 307/2007). Με βάση το σύνολο των προλεχθέντων, ο σχετικός λόγος Προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί.

• 2^{ος} λόγος Προσφυγής: Θέσπιση καταχρηστικού όρου που περιορίζει τον ανταγωνισμό (υπ' αριθμ. 1 τεχνική προδιαγραφή)

- Κατά την προσφεύγουσα, μη νομίμως ζητείται ο προσφερόμενος αναλυτής να είναι *«τελευταίο μοντέλο τρέχοντος έτους...»*, καθόσον δια του επίμαχου όρου εισάγεται μη αναγκαία και αδικαιολόγητη ανισότητα μεταξύ των αναλυτών, η οποία πλήττει την ανάπτυξη συνθηκών ελεύθερου ανταγωνισμού στον επίμαχο Διαγωνισμό.

- Σε σχέση με την ανωτέρω τεχνική προδιαγραφή, η Επιτροπή σύνταξης τεχνικών προδιαγραφών ουδόλως αντικρούει τις απόψεις του προσφεύγοντος, αλλά περιορίζεται σε μια άτυπη (αφού δεν αναρτήθηκε νέα, τροποποιημένη Διακήρυξη στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, παρόλο που με το με αρ. πρωτ. ΔΣ 38/18.01.2022 έγγραφο του Νοσοκομείου, η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών μετατέθηκε για τις 28.03.2022 – αρχική ημερομηνία υποβολής προσφορών: 19.01.2022), επαναδιατύπωση του επίμαχου όρου, ως εξής: *«1. Ο προσφερόμενος αναλυτής να είναι καινούργιος και αμεταχείριστος, σύγχρονης τεχνολογίας κασετών, κατάλληλος για καθημερινή και 24ωρη νοσοκομειακή χρήση, με ενσωματωμένο εκτυπωτή και έγχρωμη οθόνη αφής.»*.

- Από την επισκόπηση του ως άνω, ατύπως επαναδιατυπωμένου όρου, προκύπτει, ωστόσο, ότι απουσιάζει η επίμαχη φράση: *«τελευταίο μοντέλο τρέχοντος έτους»* και επομένως, συνάγεται ότι η αναθέτουσα αρχή συνομολογεί, ότι δια της θέσπισης της ανωτέρω φράσης, πλήττεται καίρια ο ελεύθερος ανταγωνισμός. Άλλωστε, ως βασίμως υποστηρίζει ο προσφεύγων, δια της θέσπισης της επίμαχης φράσης (τελευταίο μοντέλο τρέχοντος έτους): *«Αποκλείονται αδικαιολογήτως μοντέλα ετών 2019 - 2020, τα οποία μπορεί να είναι προηγμένης τεχνολογίας, η οποία δεν ξεπεράστηκε το έτος 2021...»*.

Συνεπώς, δοθέντος ότι ακόμη και ένα μοντέλο που κυκλοφορεί από το έτος 2019, θεωρείται ακόμη και σήμερα σύγχρονης τεχνολογίας, η επίμαχη φράση

Αριθμός απόφασης: 361 /2022

θα πρέπει να απαλειφθεί από την ένδικη Διακήρυξη, ώστε να αναπτυχθεί υγιής ανταγωνισμός και να μην απορριφθούν Προσφορές διαγωνιζόμενων που προσφέρουν μοντέλα αναλυτών, τα οποία καλύπτουν πλήρως το σύνολο των τεχνικών απαιτήσεων και συνεπώς, τις ανάγκες της οικείας αναθέτουσας αρχής. Με βάση τα προλεχθέντα, ο σχετικός λόγος Προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

• 3^{ος} λόγος Προσφυγής: Θέσπιση αόριστου όρου, κατά παράβαση της θεμελιώδους αρχής της διαφάνειας και του ανταγωνισμού (υπ' αριθμ. 5 τεχνική προδιαγραφή)

- Κατά την προσφεύγουσα, η τεχνική προδιαγραφή με αριθμό 5, όπου ορίζεται ότι: *«5. Να λειτουργεί αποκλειστικά μέσω κασετών. Οι αντικαταστάσεις των κασετών να θέτουν τον αναλυτή εκτός λειτουργίας για βραχύ χρονικό διάστημα. Σε κάθε περίπτωση θα εκτιμηθεί ο μικρότερος δυνατός χρόνος»*, πάσχει αοριστίας, καθώς δεν καθορίζεται αντικειμενικώς η φράση: *«βραχύ χρονικό διάστημα»* (έστω κατ' ανώτατο όριο), ώστε οι διαγωνιζόμενοι να κριθούν, σύμφωνα με την αρχή της διαφάνειας και όχι κατά την υποκειμενική κρίση του οργάνου αξιολόγησης. Περαιτέρω, ως υποστηρίζει η προσφεύγουσα, η φράση: *«Σε κάθε περίπτωση θα εκτιμηθεί ο μικρότερος δυνατός χρόνος»*, υποκρύπτει αφανή βαθμολόγηση των υποβληθεισών προσφορών, ενώ, ως κριτήριο ανάθεσης της υπόψη σύμβασης, έχει τεθεί μόνο η τιμή (χαμηλότερη τιμή). Επομένως, η ανωτέρω φράση θα πρέπει να απαλειφθεί.

- Σε σχέση με την υπ' αριθμ. 5 τεχνική προδιαγραφή, η ανωτέρω Επιτροπή ουδόλως αντικρούει τις απόψεις του προσφεύγοντος, αλλά περιορίζεται σε μια άτυπη (αφού δεν αναρτήθηκε νέα, τροποποιημένη Διακήρυξη στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, παρόλο που με το με αρ. πρωτ. ΔΣ 38/18.01.2022 έγγραφο του Νοσοκομείου, η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών μετατέθηκε για τις 28.03.2022 – αρχική ημερομηνία υποβολής προσφορών: 19.01.2022), επαναδιατύπωση του επίμαχου όρου, ως εξής: *«5. Να λειτουργεί αποκλειστικά μέσω κασετών. Οι αντικαταστάσεις των κασετών να θέτουν τον αναλυτή εκτός λειτουργίας για βραχύ χρονικό διάστημα, το οποίο ορίζεται στα 60 λεπτά κατ' ανώτατο όριο.»*

Αριθμός απόφασης: 361 /2022

- Εκ του γεγονότος ότι στον ανωτέρω, ατύπως επαναδιατυπωμένο όρο, η Επιτροπή προσδιόρισε το «βραχύ χρονικό διάστημα» στα 60 λεπτά, κατ' ανώτατο όριο, συνάγεται ότι η αναθέτουσα αρχή συνομολογεί την αοριστία/ασάφεια του όρου αυτού. Συνεπώς, γίνεται δεκτό ότι ο επίμαχος όρος θα πρέπει να τροποποιηθεί, ώστε να καθορισθεί πλέον αντικειμενικά και κατ' ανώτατο όριο το επίμαχο «βραχύ χρονικό διάστημα», σύμφωνα με την αρχή της διαφάνειας που διέπει τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων. Εξάλλου, έχει κριθεί ότι, ως αντίθετοι προς τη νομοθεσία μπορεί να θεωρηθούν όροι της Διακήρυξης, όταν π.χ. είναι ασαφείς ή αντιφατικοί μεταξύ τους, οπότε πλήττουν τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης μεταξύ των διαγωνιζομένων ή και του υγιούς ανταγωνισμού μεταξύ τους (βλ. ΣΤΕ 923/2016).

Επίσης, γίνεται δεκτός ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος, ότι δηλαδή η φράση: «... θα εκτιμηθεί ο μικρότερος δυνατός χρόνος», θα πρέπει να απαλειφθεί, αφού, ως προελέχθη, η επίμαχη προδιαγραφή θα πρέπει να τροποποιηθεί, ώστε να καθορισθεί ρητώς το επίμαχο χρονικό διάστημα (κατ' ανώτατο όριο), με συνέπεια, να παρέλκει οποιαδήποτε δυνατότητα περαιτέρω «εκτίμησης» εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής τυχόν μικρότερου χρόνου θέσης εκτός λειτουργίας του αναλυτή. Με βάση τα προλεχθέντα, ο σχετικός λόγος Προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

● 4^{ος} λόγος Προσφυγής: Θέσπιση αόριστου όρου κατά παράβαση της θεμελιώδους αρχής της διαφάνειας και του ανταγωνισμού (υπ' αριθμ. 11 τεχνική προδιαγραφή)

- Υπενθυμίζεται ότι στην με αριθμό 11 τεχνική προδιαγραφή, ορίζεται ότι: «11. Θα εκτιμηθεί ιδιαίτερα η δυνατότητα του αναλυτή να έχει αυτονομία ποιοτικού ελέγχου τουλάχιστον 4 εβδομάδες χωρίς καμία επέμβαση από τον χειριστή». Κατά την άποψη της προσφεύγουσας, η θέση της φράσης: «θα εκτιμηθεί» που τέθηκε στην ανωτέρω προδιαγραφή υποκρύπτει αφανή βαθμολόγηση των υποβληθεισών προσφορών, μολονότι, ως κριτήριο ανάθεσης της υπόψη σύμβασης, έχει τεθεί μόνο η τιμή (χαμηλότερη τιμή). Επομένως, η φράση αυτή θα πρέπει να απαλειφθεί.

- Σε σχέση με την υπ' αριθμ. 11 τεχνική προδιαγραφή, η ανωτέρω Επιτροπή ουδόλως αντικρούει τις απόψεις του προσφεύγοντος, αλλά περιορίζεται σε μια

Αριθμός απόφασης: 361 /2022

άτυπη (αφού δεν αναρτήθηκε νέα, τροποποιημένη Διακήρυξη στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, παρόλο που με το με αρ. πρωτ. ΔΣ 38/18.01.2022 έγγραφο του Νοσοκομείου, η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών μετατέθηκε για τις 28.03.2022 – αρχική ημερομηνία υποβολής προσφορών: 19.01.2022), επαναδιατύπωση του επίμαχου όρου, ως εξής: *«11. Να έχει αυτονομία ποιοτικού ελέγχου τουλάχιστον 2 εβδομάδες χωρίς καμία επέμβαση από τον χειριστή.»*.

- Από την επισκόπηση του ως άνω, ατύπως επαναδιατυπωμένου όρου, προκύπτει ότι η Επιτροπή κρίνει ως προσφορότερη τη θέσπιση των δύο (2) εβδομάδων, αντί των τεσσάρων (4) που αναφέρονται στον προσβαλλόμενο όρο, χωρίς, όμως, να αντικρούει τον σχετικό ισχυρισμό του προσφεύγοντος. Λαμβανομένου, ωστόσο, υπόψη ότι: α) ο ανωτέρω όρος έρχεται σε αντίθεση με το τιθέμενο κριτήριο ανάθεσης της οικείας σύμβασης (χαμηλότερη τιμή) και β) έχει κριθεί από τη νομολογία ότι, ως αντίθετοι προς τη νομοθεσία, μπορεί να θεωρηθούν όροι της Διακήρυξης, όταν είναι αντιφατικοί μεταξύ τους, διότι πλήττονται οι αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και του υγιούς ανταγωνισμού (βλ. ΣΤΕ 923/2016), οι σχετικοί ισχυρισμοί του προσφεύγοντος θα πρέπει να γίνουν δεκτοί.

Τέλος, για λόγους πληρότητας της παρούσας Απόφασης, σημειώνεται ότι αλυσιτελώς προβάλλεται από τον προσφεύγοντα, ότι η επιλογή τροποποίησης των τεσσάρων εβδομάδων σε δύο εβδομάδες, ευνοεί έτι περαιτέρω την εταιρία «...» (οίκος ...), αφού αυτή θα δύναται πλέον να προσφέρει περισσότερες συσκευασίες, διότι, ως προελέχθη, πρόκειται για άτυπη/ανεπίσημη τροποποίηση του προσβαλλόμενου όρου, η οποία δεν έχει λάβει χώρα στην πράξη από την αναθέτουσα αρχή. Με βάση το σύνολο των προλεχθέντων, ο σχετικός λόγος Προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός.

• 5^{ος} λόγος Προσφυγής: Θέσπιση αόριστου όρου, κατά παράβαση της αρχής της διαφάνειας και του ανταγωνισμού (υπ' αριθμ. 15 τεχνική προδιαγραφή)

- Κατά την προσφεύγουσα, η επίμαχη τεχνική προδιαγραφή (*«15. Σε περίπτωση βλάβης του αναλυτή η αποκατάσταση της βλάβης να γίνεται αυθημερόν ή να γίνεται άμεση αντικατάσταση του»*), έχει τεθεί αυθαιρέτως και

Αριθμός απόφασης: 361 /2022

αορίστως, καθόσον είναι πιθανόν να εννοείται η υποχρέωση αποκατάστασης της βλάβης εντός 24ώρου, χωρίς, όμως, τούτο να είναι σαφές.

- Σε σχέση με την υπ' αριθμ. 15 τεχνική προδιαγραφή, η ανωτέρω Επιτροπή ουδόλως αντικρούει τις απόψεις του προσφεύγοντος, αλλά περιορίζεται σε μια άτυπη (αφού δεν αναρτήθηκε νέα, τροποποιημένη Διακήρυξη στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, παρόλο που με το με αρ. πρωτ. ΔΣ 38/18.01.2022 έγγραφο του Νοσοκομείου, η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών μετατέθηκε για τις 28.03.2022 – αρχική ημερομηνία υποβολής προσφορών: 19.01.2022), επαναδιατύπωση του επίμαχου όρου, ως εξής: **«15. Σε περίπτωση βλάβης του αναλυτή η αποκατάσταση της βλάβης να γίνεται εντός 24 ωρών ή να γίνεται άμεση αντικατάσταση του.»**.

- Από την επισκόπηση του ως άνω, ατύπως επαναδιατυπωμένου όρου, προκύπτει ότι η έννοια της τεθείσας στη Διακήρυξη φράσεως: «*αυθημερόν*», είναι πως η αποκατάσταση της βλάβης θα πρέπει να γίνει «*εντός 24 ωρών*». Ανεξαρτήτως του ότι, ως προελέχθη, μέχρι την έκδοση της παρούσας Απόφασης, δεν έχει τροποποιηθεί ο προσβαλλόμενος όρος, η ισχύουσα διατύπωση του όρου αυτού ουδόλως παρεμποδίζει τον προσφεύγοντα όπως συμμετάσχει στον υπόψη Διαγωνισμό, ήτοι, ουδόλως στοιχειοθετείται, εν προκειμένω, η βλάβη του - που σημειωτέον, αποτελεί βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος - από τη θέσπιση της φράσης: «*αυθημερόν*» (βλ. αναλυτικότερα, σκέψεις 13, 14 της παρούσας).

Με βάση τα προλεχθέντα και δοθέντος ότι δεν παρατίθενται στην κρινόμενη Προσφυγή αρκούντως εξειδικευμένα και τεκμηριωμένα (ενόψει των συνθηκών) στοιχεία, που αφορούν στη νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου οικονομικού φορέα, εκ των οποίων, είτε αποκλείεται, είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή του στον ένδικο Διαγωνισμό, λόγω της θέσπισης του ανωτέρω όρου, ο σχετικός λόγος της υπό κρίση Προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτος.

20. Επειδή, περαιτέρω, ενόψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης των προμηθευτών και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δημόσιας προμήθειας, σε περίπτωση, όπως η παρούσα, ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της Διακήρυξης, που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών, όπως στην επίμαχη Διακήρυξη, πρέπει να

Αριθμός απόφασης: 361 /2022

ακυρωθεί η Διακήρυξη στο σύνολό της (πρβλ. ΣΤΕ 1135/2010, ΕΑ 1089/2009, ΣΤΕ 2951-52/2004 επταμ. και Απόφαση ΔΕΕ της 4.12.2003 στην Υπόθεση C448/2001, ENV AG Wienstrom GmbH κ.λπ., Συλλ. 2003, σελ. Ι-14527, σκέψεις 92-95). Συνεπώς, καθόσον είναι ακυρωτέοι ουσιώδεις όροι της επίμαχης Διακήρυξης και δη τεχνικοί όροι, οι οποίοι ρητώς και σαφώς έχουν τεθεί επί ποινή αποκλεισμού (βλ. Παράρτημα ΙΙ, ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ – ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ), σύμφωνα με τα ως άνω προεκτεθέντα, η προσβαλλόμενη Διακήρυξη θα πρέπει να ακυρωθεί στο σύνολό της.

21. Επειδή, κατ' ακολουθίαν της ανωτέρω σκέψης, το αίτημα της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτό.

22. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, θα πρέπει να επιστραφεί το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα, ποσού εξακοσίων ευρώ 600,00€ (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. ... Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής, η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για την προμήθεια «Αναλωσίμων Υλικών Αναλυτών Αερίων Αίματος με συνοδό εξοπλισμό» (ΑΝΑΛΥΤΕΣ ΑΕΡΙΩΝ ΑΙΜΑΤΟΣ) (CPV ... Συσκευές ποιοτικής ή ποσοτικής ανάλυσης αερίων), για τις ανάγκες του Γενικού ..., για χρονικό διάστημα ενός (1) έτους, προϋπολογισμού 113.207,55€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24%, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (Συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ: ...), κατά το αναλυτικό σκεπτικό της παρούσας Απόφασης.

Αριθμός απόφασης: 361 /2022

Διατάσσει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του προσκομισθέντος Παραβόλου, ποσού εξακοσίων ευρώ 600,00€ (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 21 Φεβρουαρίου 2022 και εκδόθηκε στις 14 Μαρτίου 2022, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ

ΣΩΚΡΑΤΗΣ ΤΣΑΠΑΛΙΑΡΗΣ