

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 02.04.20201 με την εξής σύνθεση:
Νικόλαος Σαββίδης Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου-Εισηγήτρια και
Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 23.02.2021 (ημεροχρονολογία ανάρτησης
στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) Προδικαστική Προσφυγή
με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών
(ΑΕΠΠ) 413/24.02.2021 της εταιρίας με την επωνυμία «...»

Κατά του ... (...) και των υπ' αριθ. 15801/14.02.2021 και
15.805/16.02.2021 αποφάσεων του Δ.Σ. της ..., οι οποίες ελήφθησαν αντίστοιχα
κατά τις 544^η και 545^η συνεδριάσεις του Δ.Σ. της, στο πλαίσιο της διαγωνιστικής
διαδικασίας που προκηρύχθηκε με την υπ' αριθ. .../01.02.21 Πρόσκληση της ...,
με αντικείμενο την επείγουσα προμήθεια έως και 5.000.000 Rapid Tests για την
κάλυψη αναγκών αντιμετώπισης του κορωνοϊού Covid-19 με κριτήριο
κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφοράς μόνο
βάσει τιμής.

Της παρεμβαίνουσας εταιρίας με την επωνυμία «...».

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την Προσφυγή της, η προσφεύγουσα επιδιώκει την
ακύρωση των προσβαλλόμενων αποφάσεων τόσο κατά το μέρος που δια αυτών
απορρίφθηκε η τεχνική προσφορά της όσο και κατά το μέρος που δια αυτών

Αριθμός απόφασης: 625 / 2021

έγινε αποδεκτή η τεχνική προσφορά της εταιρείας «...», η οποία εν τέλει αναδείχθηκε και ανάδοχος της δημοπρατούμενης σύμβασης.

2. Επειδή, με την Παρέμβασή της, η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την διατήρηση της ισχύος των προσβαλλόμενων αποφάσεων κατά τα ως άνω μέρη τους και ως εκ τούτου την απόρριψη της υπόψη Προσφυγής.

3. Επειδή, με την υπ' αριθμ. πρωτ. .../1-2-2021 Πρόσκληση για την υποβολή προσφορών η εταιρεία «...» (αναθέτουσα αρχή) σε εκτέλεση του άρθρου 73 παρ. 2 του ν. 4761/2020 σε συνδυασμό με τους όρους της από 25 Φεβρουαρίου 2020 ΠΝΠ και δυνάμει της από 1-2-2021 απόφασης του Δ.Σ. αυτής, η οποία ελήφθη κατά την υπ' αριθμόν 540 συνεδρίαση, προκήρυξε διαδικασία για την ανάθεση της προμήθειας με αντικείμενο την «Επείγουσα προμήθεια έως και 5.000.000 Rapid Tests για την κάλυψη αναγκών αντιμετώπισης του κορωνοϊού», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, η οποία αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) την 01.02.2021 και με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό με α/α Στο διαγωνισμό υπέβαλαν προσφορά είκοσι μία (21) εταιρείες, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα εταιρεία «...», η οποία υπέβαλε την προσφορά της με την διατύπωση επιφύλαξης, και η παρεμβαίνουσα εταιρεία ««...». Κατόπιν δε αποσφράγισης των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών και οικονομικών προσφορών συντάχθηκε το υπ' αριθ. πρωτ. 5956/14-2-2021 Πρακτικό της Επιτροπής αξιολόγησης, η οποία εισηγήθηκε, μεταξύ άλλων, την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας «...» με την αιτιολογία ότι : «δεν παρέχεται η δημοσιευμένη μελέτη σύμφωνα με τα απαιτούμενα με τις τεχνικές προδιαγραφές» και την ανάδειξη ως προσωρινής αναδόχου της παρεμβαίνουσας εταιρείας «...». Τα αποτελέσματα τούτα επικυρώθηκαν με την προσβαλλόμενη με την παρούσα υπ' αριθ. 15.801/14.02.21 απόφαση του Δ.Σ. της ..., η οποία ελήφθη κατά την 544η Συνεδρίαση του Δ.Σ. της. Ακολούθησε η πρόσκληση της προσωρινής

Αριθμός απόφασης: 625 / 2021

αναδόχου εταιρείας για υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, κατόπιν δε ελέγχου και των δικαιολογητικών κατακύρωσης, συντάχθηκε το υπ' αριθ. πρωτ. 15804/16-2-2021 Πρακτικό της Επιτροπής, η οποία εισηγήθηκε την ανάδειξη της εταιρείας «...» ως οριστικής αναδόχου, προς τούτο δε εκδόθηκε η συμπροσβαλλόμενη με την παρούσα υπ' αριθ. 15.805/16.02.2021 απόφαση του Δ.Σ. της ... Εν τω μεταξύ ήδη η προσφεύγουσα «...» είχε καταθέσει ενώπιον της ΑΕΠΠ την με ΓΑΚ 327/11-02-2021 Προσφυγή της κατά των υπ' αριθμ. 2 παρ. α έως γ, 3 και 4 Τεχνικών Προδιαγραφών του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ ΣΤ' της ως άνω Πρόσκλησης, αιτούμενη την ακύρωση αυτών, η συζήτηση της οποίας ορίστηκε για την 09.03.2021 και επί της οποίας εκδόθηκε η με αριθ. 573/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ για την απόρριψη της με ΓΑΚ 573/2021 Προσφυγής της.

4. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί, κατ' άρθρα 5 ΠΔ 39/2017 και 363 Ν. 4412/2016, το νόμιμο παράβολο, ήτοι ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., ποσού 15.000,00 ευρώ, το οποίο μάλιστα υπερβαίνει το ελάχιστο καταβαλλόμενο ποσό παραβόλου (600,00€), που πρέπει εν προκειμένω να καταβληθεί, σύμφωνα με τις άνω διατάξεις, δοθέντος ότι, ως έχει κριθεί και με προηγούμενες αποφάσεις ΑΕΠΠ 573/2021 και ΑΕΠΠ 574/2021, από την πρόσκληση για την υποβολή προσφορών για την επίμαχη προμήθεια δεν προκύπτει η προϋπολογισθείσα αξία της σύμβασης (ΑΕΠΠ 243-247/2021). Συνακόλουθα, εκ του καταβληθέντος παραβόλου, ποσό εξ Ευρώ (15.000,00-600,00=) 14.400,00€ έχει καταβληθεί αχρεωστήτως και θα πρέπει να επιστραφεί στην προσφεύγουσα ανεξαρτήτως αν η προσφυγή της γίνει δεκτή ή απορριφθεί.

5. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικείμενου του (προμήθεια), της νομικής φύσης του ... ως δημόσιας επιχείρησης, υπαγόμενης στο Κεφάλαιο Α του Ν. 3429/2005 (Δημόσιες Επιχειρήσεις και Οργανισμοί - Δ.Ε.Κ.Ο.) και φορέας του Δημοσίου Τομέα, όχι όμως της Γενικής Κυβέρνησης (άρθρο 14 του ν. 4270/2014) που ως αναθέτουσα αρχή διενεργεί την επίμαχη προμήθεια, του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης (01.02.2020) στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. (άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 του Ν. 4412/2016) και των ρητών όρων της διακήρυξης

Αριθμός απόφασης: 625 / 2021

υπάγεται στις διατάξεις του Βιβλίου Ι (άρθρο 3 - 221), καθώς και στις οικείες διατάξεις του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π.. Τούτο, δε μολονότι στην Πρόκληση δεν προβλέπεται ελάχιστη προϋπολογιζόμενη αξία της σύμβασης, κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας όμως, πρέπει να γίνει δεκτό ότι αυτή υπερβαίνει τις 60.000,00€, χωρίς ΦΠΑ..

6. Επειδή, η υπόψη Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ.α'), δοθέντος ότι η πρώτη προσβαλλόμενη με αριθ. 15.801/14.02.21 απόφαση του Δ.Σ. της ... αναρτήθηκε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 14.02.2021 και η δεύτερη προσβαλλόμενη με αριθ. 15.805/16.02.2021 απόφαση του Δ.Σ. της ... αναρτήθηκε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 16.02.2021, οπότε και έλαβαν γνώση αυτών οι συμμετέχοντες, και η Προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 23.02.2021, ήτοι εντός του προβλεπόμενου εκ του νόμου δεκαημέρου.

7. Επειδή, η υπόψη Προσφυγή ασκείται με προφανές έννομο συμφέρον από την προσφεύγουσα εταιρία κατά το μέρος που με την προσβαλλόμενη απόφαση απορρίφθηκε η τεχνική προσφορά της. Αναφορικά δε με το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας να στραφεί κατά της αποδοχής της προσφοράς της συνδιαγωνιζόμενης της εταιρίας «...» διατυπώνονται τα εξής : Σύμφωνα με την πάγια (μέχρι πρόσφατα) νομολογία της Επιτροπής Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας, εφόσον δεν πιθανολογείται σοβαρώς ότι ο αποκλεισμός διαγωνιζομένου από την περαιτέρω διαδικασία του διαγωνισμού εχώρησε παρανόμως ή ότι παραβιάσθηκε το ίσο μέτρο κρίσης, αυτός δεν έχει πλέον έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της αποδοχής της προσφοράς άλλου διαγωνιζομένου και της συμμετοχής του στην επόμενη φάση του διαγωνισμού, δοθέντος ότι με τον αποκλεισμό του καθίσταται τρίτος ως προς τον διαγωνισμό αυτόν (ενδεικτικώς ΣτΕ ΕΑ 349, 344/2017, 106/2013, 274/2012). Εξάλλου, ανέκυψε, το ζήτημα κατά πόσον τα γενόμενα δεκτά από το ΔΕΕ με τις προαναφερθείσες αποφάσεις, και ιδίως με την απόφαση Archus και Gama,

Αριθμός απόφασης: 625 / 2021

εφαρμόζονται και στην περίπτωση διαφοράς η οποία εγείρεται με την άσκηση αίτησης αναστολής, όχι κατά το τελικό στάδιο της ανάθεσης, αλλά σε προηγούμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας για την σύναψη δημόσιας σύμβασης (όπως τα στάδια ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής ή ελέγχου και αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών), ζήτημα που δεν αντιμετωπίστηκε με τις ανωτέρω αποφάσεις του ΔΕΕ, οι οποίες αφορούν το στάδιο της ανάθεσης της σύμβασης. Τούτο έγινε δεκτό με ορισμένες αποφάσεις της Επιτροπής Αναστολών (ΣΤΕ Ε.Α. 22/2018 και, κυρίως, 30/2019). Με άλλες αποφάσεις, όμως, έγινε δεκτό το αντίθετο (ΣΤΕ Ε.Α. 349/2017), ότι δηλαδή, στην περίπτωση απόρριψης της προσφοράς του αιτούντος από την αναθέτουσα αρχή σε στάδιο προγενέστερο της ανάθεσης της σύμβασης και, εν συνεχεία, απόρριψης από το δικαστήριο της αίτησης αναστολής του κατά του αποκλεισμού του, δεν στοιχειοθετείται έννομο συμφέρον αυτού να επιδιώξει τον αποκλεισμό του έτερου διαγωνιζομένου, προβάλλοντας και άλλες πλημμέλειες της προσφοράς του τελευταίου, πέραν των αιτιάσεων περί παραβίασης του ίσου μέτρου κρίσης. Την άποψη αυτή υιοθέτησε και η 180/2019 απόφαση της Επιτροπής Αναστολών του ΣΤΕ, με την οποία το ως άνω ζήτημα, λόγω της σπουδαιότητάς του και ύπαρξης αντίθετης νομολογίας, παραπέμφθηκε στην Επιτροπή Αναστολών της Ολομέλειας του Δικαστηρίου, υπό πενταμελή σύνθεση, με την απόφαση 235/2019 της οποίας κρίθηκαν, κατά πλειοψηφία, τα ακόλουθα: «...από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 346 παρ. 1 και 2 και 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016 - οι οποίες αποδίδουν το πνεύμα των αντίστοιχων διατάξεων των δικονομικών οδηγιών 89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΟΚ (άρθρα 1 παρ. 3 και 2α παρ. 2) - ερμηνευομένων υπό το πρίσμα των κριθέντων με τις προμνημονευθείσες αποφάσεις του ΔΕΕ, συνάγεται ότι οριστικώς αποκλεισθείς θεωρείται ο διαγωνιζόμενος, ο οποίος είτε δεν εστράφη κατά της πράξης αποκλεισμού του (περίπτωση προς την οποία εξομοιώνεται και η εκ των υστέρων υποβολή παραίτησης από την τυχόν ασκηθείσα προδικαστική προσφυγή ή το ασκηθέν ένδικο βοήθημα), είτε εστράφη μεν κατ' αυτής, πλην ο αποκλεισμός του κατέστη οριστικός με την δημοσίευση απορριπτικής απόφασης επί αιτήσεως ακυρώσεώς του, η οποία, κατ' αυτόν τον τρόπο, περιεβλήθη την ισχύ δεδικασμένου.

Αριθμός απόφασης: 625 / 2021

Οριστικώς αποκλεισθείς δεν θεωρείται, αντιθέτως, ο διαγωνιζόμενος του οποίου η προδικαστική προσφυγή απερρίφθη μεν με απόφαση της ΑΕΠΠ, πλην δεν έχει παρέλθει η προθεσμία για την άσκηση κατ' αυτής αιτήσεως ακυρώσεως ή αιτήσεως αναστολής του άρθρου 372 του ν. 4412/2016. Μη οριστικώς αποκλεισθείς θεωρείται, περαιτέρω, ο διαγωνιζόμενος, του οποίου αίτηση για την αναστολή της απορριπτικής της προδικαστικής του προσφυγής απόφασης της ΑΕΠΠ απερρίφθη, καθ' ον χρόνο δεν έχει απολέσει το δικαίωμα να ασκήσει κατά της πράξης αυτής αίτηση ακυρώσεως και δεν έχει δημοσιευθεί οριστική απόφαση απορριπτική τυχόν ασκηθείσης αιτήσεως ακυρώσεως. Προκειμένου, εξ άλλου, να αναγνωρισθεί σε μη οριστικώς αποκλεισθέντα διαγωνιζόμενο έννομο συμφέρον για την άσκηση αποτελεσματικής προσφυγής κατά της απόφασης περί αποδοχής της προσφοράς των λοιπών συνδιαγωνιζομένων του και περί αναθέσεως σε κάποιον εξ αυτών της σύμβασης, απαιτείται, επιπλέον, η τυχόν αποδοχή της προσφυγής του, κατά το μέρος αυτό, να μην οδηγεί σε οριστική ματαίωση του διαγωνισμού, σε αδυναμία, δηλαδή, επαναπροκήρυξής του (λ.χ. διότι παρήλθε το χρονικό διάστημα, το οποίο αφορούσε η σύμβαση), αλλά, αντιθέτως, να αφήνει ανοικτό το ενδεχόμενο κίνησης νέας διαδικασίας για την ανάθεση της σύμβασης. Αναγνωρίζεται, κατ' αυτόν τον τρόπο, στον διαγωνιζόμενο που αποκλείσθηκε και προσέβαλε επικαίρως μεν, πλην ανεπιτυχώς, τον αποκλεισμό του, έννομο συμφέρον να επιδιώξει δικαστικώς τον αποκλεισμό των ανταγωνιστών του και, κατ' αποτέλεσμα, την ματαίωση της ανάθεσης σε κάποιον από αυτούς της σύμβασης, ως τέτοιας νοουμένης όχι μόνον της σύμβασης, στη σύναψη της οποίας καταλήγει η προς ματαίωση διαγωνιστική διαδικασία, αλλά και της σύμβασης, στην οποία θα καταλήξει ενδεχόμενη κίνηση νέας διαγωνιστικής διαδικασίας, υπό την προϋπόθεση ότι το αντικείμενο της νεότερης σύμβασης θα είναι, κατά τα ουσιώδη χαρακτηριστικά του, όμοιο με αυτό της αρχικής και ότι ο αποκλεισθείς θα μπορούσε να έχει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις για τη συμμετοχή του στην εν λόγω νέα διαγωνιστική διαδικασία. Πέραν τούτων, για την αναγνώριση του εννόμου συμφέροντος του μη οριστικώς αποκλεισθέντος, δεν απαιτείται η διεξαγωγή της διαγωνιστικής διαδικασίας σε ένα και μόνον στάδιο, που καταλήγει στην έκδοση

Αριθμός απόφασης: 625 / 2021

μόνον μίας (κατακυρωτικής) πράξης του αναθέτοντος φορέα. Αδιάφορο, από της εξεταζομένης απόψεως, είναι, περαιτέρω, και το στάδιο, στο οποίο κατά την εθνική νομοθεσία εχώρησε ο αποκλεισμός, αφού σε όλα τα στάδια των διαγωνισμών για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων συντρέχει ο αυτός δικαιολογητικός λόγος θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, ήτοι η προσδοκία να αναλάβει ο ενδιαφερόμενος το αντικείμενο της σύμβασης και όχι να του ανατεθεί, ειδικώς, η, βάσει της επίμαχης διαδικασίας, σύμβαση. Επιχείρημα υπέρ της απόψεως αυτής συνάγεται άλλωστε και από την απόφαση BTG & CÖ του ΔΕΕ, με την σκέψη 34 της οποίας έγινε δεκτό, κατά τα προαναφερθέντα, ότι η έννομη τάξη της Ευρωπαϊκής Ένωσης παρέχει σε κάθε αποκλεισθέντα προσφέροντα την δυνατότητα να αμφισβητήσει όχι μόνον την απόφαση αποκλεισμού του, “αλλά και, επί όσο χρόνο η αμφισβήτηση αυτή δεν έχει επιλυθεί, τις μεταγενέστερες αποφάσεις που θα του προξενούσαν ζημία σε περίπτωση που ακυρωνόταν ο αποκλεισμός του”, συμπεριλαμβανομένων, αναγκαίως, και των βλαπτικών αποφάσεων του αναθέτοντος φορέα που εκδίδονται σε επόμενα στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας. Ούτε μπορεί να αποκρουσθεί η άποψη αυτή κατ’ επίκληση εθνικών δικονομικών κανόνων ή πρακτικών, στα πλαίσια της δικονομικής αυτονομίας των κρατών μελών της Ένωσης, εν όψει των γενομένων δεκτών με την απόφαση Lombardi του ΔΕΕ. Προϋπόθεση, ωστόσο, για την θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του αποκλεισθέντος, στις περιπτώσεις αυτές, παραμένει το επίκαιρο της αμφισβήτησης της νομιμότητας του αποκλεισμού του, δεδομένου ότι, άλλως, ο διαγωνιζόμενος θα μετέπιπτε στην κατάσταση του οριστικώς αποκλεισθέντος. Στερείται, ως εκ τούτου, εννόμου συμφέροντος να προσβάλει πράξεις επόμενων σταδίων της διαγωνιστικής διαδικασίας ο διαγωνιζόμενος, ο οποίος δεν αμφισβήτησε επικαίρως τον αποκλεισμό του, όπως, εξ άλλου, και ο διαγωνιζόμενος του οποίου ο αποκλεισμός κατέστη οριστικός προ της ασκήσεως της προσφυγής του κατά της συμμετοχής άλλων διαγωνιζομένων, με την απόρριψη της στρεφόμενης κατά του αποκλεισμού του αιτήσεως ακυρώσεως. Αδιάφορος, τέλος, για την θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του αποκλεισθέντος είναι ο αριθμός των συνδιαγωνιζομένων του ο αποκλεισθείς,

Αριθμός απόφασης: 625 / 2021

ωστόσο, πρέπει, προκειμένου να είναι κατ' αρχήν λυσιτελής η προβολή των σχετικών αιτιάσεων, να πλήττει την συμμετοχή απάντων ανεξαιρέτως των συνδιαγωνιζομένων του στα επόμενα στάδια της διαδικασίας ανάθεσης της σύμβασης». Κατόπιν αυτών, η Επιτροπή Αναστολών του ΣτΕ, με την πιο πάνω απόφασή της, υπέβαλε στο Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα: «1. α) Έχουν τα άρθρα 1 (παρ. 3), 2 (παρ. 1, στοιχ. α και β) και 2α (παρ. 2) της Οδηγίας 92/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 25ης Φεβρουαρίου 1992, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων σχετικά με την εφαρμογή των κοινοτικών κανόνων στις διαδικασίες σύναψης των συμβάσεων φορέων οι οποίοι λειτουργούν στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών (ΕΕ L 76), ερμηνευόμενα υπό το φως των κριθέντων με τις αποφάσεις Fastweb (C-100/12), PFE (C-689/13), Archus και Gama (C-131/16) και Lombardi (C-333/18), την έννοια ότι αντίκεινται σε εθνική νομολογιακή πρακτική, κατά την οποία, όταν, όχι στο τελικό στάδιο της ανάθεσης της σύμβασης, αλλά σε προηγούμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας (όπως το στάδιο του ελέγχου των τεχνικών προσφορών), με πράξη του αναθέτοντος φορέα αποκλεισθεί ένας διαγωνιζόμενος και γίνει, αντιθέτως, δεκτός άλλος ενδιαφερόμενος (ανταγωνιστής), ο αποκλεισθείς, στην περίπτωση που απορριφθεί από το αρμόδιο δικαστήριο η αίτηση αναστολής του κατά το μέρος που στρέφεται κατά του αποκλεισμού του, διατηρεί το έννομο συμφέρον να προβάλει με την ίδια αίτηση αναστολής κατά του άλλου διαγωνιζομένου μόνον ότι αυτός έγινε δεκτός κατά παράβαση του ίσου μέτρου κρίσεως; β) Σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο ερώτημα 1α, έχουν οι ως άνω διατάξεις την έννοια ότι ο αποκλεισθείς, κατά τα ανωτέρω, δύναται να προβάλει με την αίτηση αναστολής οποιαδήποτε αιτίαση κατά της συμμετοχής του ανταγωνιστή στην διαδικασία του διαγωνισμού, να παραπονηθεί δηλαδή και για άλλες αυτοτελείς πλημμέλειες της προσφοράς του ανταγωνιστή, άσχετες με τις πλημμέλειες για τις οποίες αποκλείσθηκε η δική του προσφορά, προκειμένου να ανασταλεί η συνέχιση του διαγωνισμού και η ανάθεση στον ανταγωνιστή της σύμβασης, με πράξη που επρόκειτο να εκδοθεί σε επόμενο στάδιο της διαδικασίας, ώστε, στη συνέχεια, σε

Αριθμός απόφασης: 625 / 2021

περίπτωση ευδοκιμήσεως του κυρίου ενδίκου βοηθήματος (αίτηση ακυρώσεως), να αποκλεισθεί ο ανταγωνιστής, να ματαιωθεί η ανάθεση της σύμβασης και να καταλείπεται, ως εκ τούτου, η πιθανότητα να κινηθεί νέα διαδικασία για την ανάθεση της σύμβασης, στην οποία θα μετάσχει ο αποκλεισθείς προσφεύγων; 2. Ασκή επιρροή για την απάντηση στο προηγούμενο ερώτημα το ότι προϋπόθεση για την παροχή προσωρινής (αλλά και οριστικής) δικαστικής προστασίας αποτελεί η προηγούμενη ανεπιτυχής άσκηση προσφυγής ενώπιον ανεξάρτητου εθνικού οργάνου εξέτασης προσφυγών, εν όψει και των κριθέντων με την απόφαση *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich* (C-355/15); 3. Ασκή επιρροή για την απάντηση στο πρώτο ερώτημα η διαπίστωση ότι, στην περίπτωση αποδοχής των αιτιάσεων του αποκλεισθέντος κατά της συμμετοχής του ανταγωνιστή στον διαγωνισμό, (α) είναι αδύνατη η επαναπροκήρυξη του ή ότι (β) ο λόγος, για τον οποίο αποκλείσθηκε ο προσφεύγων, καθιστά αδύνατη την συμμετοχή του σε περίπτωση επαναπροκηρύξεως του διαγωνισμού;». Τα ως άνω ζητήματα συνάπτονται στενά με το τιθέμενο, κατά τ' ανωτέρω, στην προκειμένη περίπτωση ζήτημα, εάν, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016, ερμηνεύομενων υπό το φως των διατάξεων των άρθρων 1 (παρ. 1 τρίτο εδάφιο και παρ. 3) και 2α (παρ. 1 και 2) της δικονομικής οδηγίας 89/665/ΕΟΚ (L 395), αναγνωρίζεται στο διαγωνιζόμενο που αποκλείσθηκε με απόφαση της αναθέτουσας αρχής στο στάδιο του ελέγχου των τεχνικών προσφορών, έννομο συμφέρον να προσβάλει, με προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ, παράλληλα με τη νομιμότητα του αποκλεισμού του, και τη νομιμότητα του μη αποκλεισμού του συνδιαγωνιζόμενου του, προβάλλοντας άλλη αυτοτελή πλημμέλεια της προσφοράς του άσχετη με την πλημμέλεια για την οποία αποκλείσθηκε η δική του προσφορά. Κατά το χρόνο δε εξετάσεως της παρούσας το ΔΕΕ, απαντώντας στο ως άνω προδικαστικό ερώτημα, εξέδωσε την από 24.03.2021 υπ' αριθ. C-771/2019 απόφασή της, όπου σχετικώς εκρίθη ότι : «ένας προσφέρων ο οποίος αποκλείσθηκε από διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης σε στάδιο προγενέστερο του σταδίου της ανάθεσης της σύμβασης αυτής και του οποίου η αίτηση για την αναστολή εκτέλεσης της απόφασης αποκλεισμού του από τη

Αριθμός απόφασης: 625 / 2021

διαδικασία αυτή απορρίφθηκε μπορεί να προβάλλει, με την ταυτοχρόνως ασκηθείσα αίτησή του για την αναστολή εκτέλεσης της απόφασης περί αποδοχής της προσφοράς άλλου προσφέροντος, όλους τους ισχυρισμούς που αφορούν παραβίαση της ενωσιακής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων ή των εθνικών κανόνων μεταφοράς της νομοθεσίας αυτής, συμπεριλαμβανομένων των ισχυρισμών που δεν έχουν σχέση με τις πλημμέλειες λόγω των οποίων αποκλείστηκε η προσφορά του. Η δυνατότητα αυτή δεν επηρεάζεται από το γεγονός ότι απορρίφθηκε η προδικαστική προσφυγή ενώπιον ανεξάρτητου εθνικού οργάνου, την οποία έπρεπε, βάσει του εθνικού δικαίου, να ασκήσει προηγουμένως ο εν λόγω προσφέρων κατά της απόφασης αποκλεισμού του, εφόσον η απόρριψη αυτή δεν έχει αποκτήσει ισχύ δεδικασμένου». Ενόψει δε της κρίσεως τούτης, και εν αναμονή της κρίσεως της Επιτροπής Αναστολών του ΣΤΕ, γίνεται δεκτό ότι η προσφεύγουσα, ως μη οριστικώς αποκλεισθείσα από την επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, με έννομο συμφέρον προβάλλει αιτιάσεις κατά της αποδοχής της προσφοράς της συνδιαγωνιζόμενης της εταιρείας, αμφισβητώντας, πέραν της νομιμότητας του αποκλεισμού της, και την αποδοχή της προσφοράς της έτερης συνδιαγωνιζόμενης της.

8. Επειδή, επομένως, η υπόψη Προδικαστική Προσφυγή παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 2ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1 και 360 του Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017.

9. Επειδή, με τον πρώτο λόγο προσφυγής, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι εσφαλμένως απορρίφθηκε η τεχνική προσφορά της με την αιτιολογία ότι δεν πληρούσε την τεχνική προδιαγραφή 2, παρ. α έως γ, διότι δεν υπέβαλε δημοσιευμένη μελέτη σύμφωνα με τα απαιτούμενα με τις τεχνικές προδιαγραφές. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι κατά την υποβολή της προσφοράς της είχε επιφυλαχθεί ως προς τις συγκεκριμένες τεχνικές προδιαγραφές και επίσης ότι υπέβαλε την από 10.02.2021 Προδικαστική Προσφυγή της ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά του κύρους των προδιαγραφών υπ' αριθμ. 2 παρ. α έως γ, 3 και 4 του Παραρτήματος ΣΤ της Διακήρυξης, διότι με

Αριθμός απόφασης: 625 / 2021

αυτές μη νομίμως απαιτείται επιπρόσθετα τα προς προμήθεια rapid tests «να έχουν περάσει επαρκή αξιολόγηση». Ως τέτοια δε η Πρόσκληση ορίζει – συγκεκριμένα και περιοριστικά (στην προδιαγραφή 2) - τη συμπερίληψή τους είτε στην αντίστοιχη λίστα του Παγκόσμιου Οργανισμού Υγείας (WHO) ή στη λίστα αξιολόγησης της FIND, είτε να έχει δημοσιευθεί η αξιολόγησή τους σε περιοδικό με κριτές και υπό συγκεκριμένες ειδικότερες προϋποθέσεις, ειδικά δε η προδιαγραφή 4 ορίζει ότι πρέπει να προσάγεται αντίγραφο της δημοσιευμένης σε ιατρικό περιοδικό μελέτης αυτής, να υπάρχει προς επίδειξη περίληψη του άρθρου στην PubMed τη στιγμή της αξιολόγησης, διαθέσιμο αντίγραφο από το JCR της Clarivate που να φαίνεται στο impact factor του περιοδικού και υπεύθυνη δήλωση ότι, στη δημοσίευση ότι στη δημοσίευση που κατατέθηκε, η ευαισθησία έχει ελεγχθεί σε τουλάχιστον 100 ανεξάρτητα δείγματα που έχουν ελεγχθεί ως θετικά με την προαναφερόμενη μέθοδο μέχρι και τον 33ο κύκλο καθώς και η ειδικότητα σε 240 αρνητικά και η προδιαγραφή 3 ορίζει ότι η ευαισθησία της δοκιμασίας για ανίχνευση του ιού, όπως αυτή προκύπτει από την ως άνω αξιολόγηση, να είναι ίση ή μεγαλύτερη του 85% σε δείγματα που έχουν βγει με real time PCR καθώς και ότι είναι θετικά μέχρι τον 33ο κύκλο, η δε ειδικότητα της δοκιμασίας για ανίχνευση του ιού να προκύπτει ίση ή μεγαλύτερη του 98% σε δείγματα που έχουν βγει αρνητικά με την ίδια μέθοδο. Η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι τα προσφερόμενα από την ίδια rapid tests και controls κυκλοφορούν στην ευρωπαϊκή αγορά νόμιμα, φέροντα CE-IVD, αλλά δεν περιλαμβάνονται στη λίστα αξιολόγησης του ΠΟΥ, ούτε της FIND, ενώ η δημοσιευθείσα για την αξιολόγησή τους Μελέτη στο έγκριτο ιατρικό περιοδικό Journal of ... δεν πληροί, από τους επίμαχους όρους (τεχνικές προδιαγραφές) της Πρόσκλησης, εκείνους που προβλέπουν, ειδικότερα, ότι «Η αξιολόγηση να έχει γίνει σε σύγκριση με realtime PCR και, συγκεκριμένα, τουλάχιστον από 100 δείγματα από ασθενείς, τα οποία έχουν ελεγχθεί ως θετικά μέχρι και τον 33ο κύκλο της αντίδρασης. Επίσης, στη δημοσίευση, η αξιολόγηση της ειδικότητας της διαδικασίας θα πρέπει να έχει γίνει σε σύγκριση με realtime PCR και, συγκεκριμένα, σε τουλάχιστον 240 δείγματα από ασθενείς, τα οποία έχουν ελεγχθεί με realtime PCR ως αρνητικά». Κατά την προσφεύγουσα, οι βασικές

Αριθμός απόφασης: 625 / 2021

απαιτήσεις, στις οποίες πρέπει να ανταποκρίνονται τα Ιατροτεχνολογικά Προϊόντα, που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της παραπάνω Οδηγίας για τα in vitro προϊόντα αυτά, ρυθμίζονται από την Οδηγία. Τα εν λόγω προϊόντα, εφ' όσον ανταποκρίνονται στα εναρμονισμένα πρότυπα και έχουν πιστοποιηθεί βάσει των διαδικασιών, που προβλέπει η Οδηγία, τεκμαίρεται ότι συμφωνούν με τις εν λόγω βασικές απαιτήσεις και, ως εκ τούτου, πρέπει να θεωρούνται κατάλληλα για τη χρήση για την οποία προορίζονται και να κυκλοφορούν ελεύθερα σε ολόκληρη την Ευρωπαϊκή Ένωση, η σχετική δε υποχρέωση των κρατών-μελών, η οποία απορρέει από το δίκαιο της Ε.Ε., βαρύνει και την εκάστοτε αναθέτουσα αρχή (πρβλ. ΔΕΕ απόφαση της 14-6-2007, C-6/05, ... – ... κατά ... – ... ΠΕΣΥ ..., σκέψεις 42-49). Και ναι μεν το παραπάνω τεκμήριο έχει μαχητό χαρακτήρα, δυνάμενο να ανατραπεί με βάση τις προβλεπόμενες στην ως άνω Οδηγία ενωσιακές διαδικασίες, δηλαδή δεν αποκλείεται είτε τα εναρμονισμένα πρότυπα να μην ανταποκρίνονται στις βασικές απαιτήσεις που αναφέρονται στην Οδηγία είτε ορισμένα εξ αυτών, τα οποία φέρουν την σήμανση CE, να είναι, παρά ταύτα, επικίνδυνα για την υγεία ή την ασφάλεια των ασθενών ή άλλων προσώπων, πλην όμως, στις περιπτώσεις αυτές, πλην όμως η ίδια η Οδηγία καθορίζει την τηρητέα από τα κράτη-μέλη “διαδικασία διασφάλισης”, οπότε, εάν τα προσφερόμενα προϊόντα εμπνέουν μεν ανησυχίες σχετικές με την ασφάλεια και την υγεία των ασθενών, φέρουν, όμως, τη σήμανση CE, η αναθέτουσα αρχή (εν προκειμένω το ...) δικαιούται και οφείλει, στο πλαίσιο της αρμοδιότητάς της, να ενημερώσει σχετικώς τον αρμόδιο Εθνικό Οργανισμό (στην Ελλάδα είναι ο ...), προκειμένου να κινηθεί η διαδικασία διασφάλισης, μη δικαιούμενη να απορρίψει τις σχετικές προσφορές (ενδεικτικά, οι πρόσφατες ΔΕφΘεσσ 86/2020, 208/2019, ΔΕφΛαρ 44/2020, ΔΕφΠειρ 183/2019, ΔΕφΑθ 264/2018 κ.ά.). Ενόψει των παραπάνω, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η πρόβλεψη επιπρόσθετων προδιαγραφών για τα προσφερόμενα Ιατροτεχνολογικά Προϊόντα, κατά το στάδιο της διακήρυξης, δεν είναι, κατ' αρχήν, συμβατή προς τις προαναφερόμενες διατάξεις της Οδηγίας 98/79/ΕΟΚ, δεδομένου ότι, στην περίπτωση αυτή, τα εν λόγω προϊόντα δεν θα πληρούν τους όρους της διακήρυξης και θα είναι, ως εκ τούτου, εκ προοιμίου αδύνατη η επιλογή

Αριθμός απόφασης: 625 / 2021

τους και συνεπώς εσφαλμένως απορρίφθηκε η προσφορά της με την ως άνω αιτιολογία. Με τον δεύτερο λόγο προσφυγής, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της αποδοχής της προσφοράς της συνδιαγωνιζόμενης «...» υποστηρίζοντας ότι δεν πληροί την υπ' αριθμ.1, παρ. β Τεχνική Προδιαγραφή (ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΣΤ', σελ. 23 της Πρόσκλησης), όπου ορίζεται ότι τα προς προμήθεια rapid tests πρέπει, μεταξύ άλλων, «να εκτελούνται σε δείγματα ρινικά, φαρυγγικά ή ρινοφαρυγγικά ή σε δείγμα σάλιου». Από τη διατύπωση του όρου αυτού προκύπτει ότι τα ζητούμενα tests πρέπει οπωσδήποτε να εκτελούνται σε ρινικά δείγματα και (σωρευτικά) σε ένα εκ των εν συνεχεία - διαζευκτικώς αναφερομένων – δειγμάτων, που προέρχονται από την κοιλότητα του φάρυγγα (φαρυγγικά, ρινοφαρυγγικά) ή από σάλιο. Και τούτο διότι η σύνδεση του όρου «ρινικά δείγματα» με τα τρία επόμενα (μέσω κόμματος) είναι παρατακτική και, ως εκ τούτου, σωρευτική, σε εμφανή αντίθεση με τη σύνδεση των τριών επομένων μεταξύ τους, που είναι διαζευκτική (λόγω της σύνδεσής τους με τον σύνδεσμο «ή»), βλ. και τις ΣΤΕ 3653/2015, σκέψεις 6 και 7, ΣΤΕ ΕΑ 14/2015, σκέψη 7, 252/2003, ΔΕφΘεσσ 84/2019 Τμ. Γ', σκέψη 10, ΑΕΠΠ 427/2019. Η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι τούτο προκύπτει και εκ του ότι η απαίτηση διπλής δυνατότητας εξέτασης, δηλαδή τόσο ρινικού δείγματος όσο και σε δείγμα φαρυγγικό ή ρινοφαρυγγικό ή σάλιου, δικαιολογείται αφ' ενός για ιατρικούς/διαγνωστικούς λόγους όσο και για λόγους που αφορούν τις ιδιαιτερότητες (και την αντίδραση κατά τη δειγματοληψία) του κάθε ασθενούς. Παρόλα αυτά, η εταιρία «...» προσέφερε test μόνον για τον ένα εκ των δύο (2) τύπων ζητούμενων δειγμάτων, ήτοι test που ελέγχει μόνον ρινοφαρυγγικά δείγματα, χωρίς διόλου να περιλάβει στην προσφορά της test που ανιχνεύει και τα επίσης ζητούμενα ρινικά δείγματα και ως εκ τούτου έπρεπε να απορριφθεί.

10. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε με το από 01.03.2021 έγγραφό της τις απόψεις της επί της υπόψη Προσφυγής, όπου υποστηρίζει τα εξής : Αναφορικά με τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι μη νομίμως αποκλείσθηκε για τον λόγο ότι η τεχνική προσφορά της δεν πληρούσε τις υπ' αριθμόν 2,3 και 4 τεχνικές προδιαγραφές της Πρόσκλησης, διότι είχε ήδη με την

Αριθμός απόφασης: 625 / 2021

υπό ΓΑΚ ΑΕΠΠ 327/11-2-2021 Προσφυγή της, προσβάλλει αυτές, η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι δια των ισχυρισμών της η προσφεύγουσα συνομολογεί ευθέως ότι έχει υποβάλει μη αποδεκτή τεχνική προσφορά. Άλλωστε, την υποβολή τέτοιας προσφοράς είχε κατ' ουσίαν προαναγγείλει με την προηγούμενη προσφυγή της κατά των όρων της ένδικης Πρόσκλησης, με την οποία αξιώνει κατ' ουσίαν την προσαρμογή των τεχνικών προδιαγραφών του είδους στο προσφερόμενο από την ίδια προς προμήθεια είδος. Επίσης, κατά την αναθέτουσα αρχή, ουδεμία απόφαση της ΑΕΠΠ έχει εκδοθεί για την αναστολή της διαδικασίας της υπ' αριθμόν .../1-2-2021 Πρόσκλησης, όπως αιτήθηκε η προσφεύγουσα με την υπό ΓΑΚ 327/11-2-2021 προσφυγή της, με συνέπεια να μην έχει ανασταλεί η πρόοδος της διαδικασίας. Τούτο δε κατά την γνώμη της συνιστά σιωπηρή απόρριψη του σχετικώς υποβληθέντος αιτήματος της προσφεύγουσας. Αναφερόμενη δε στις διατάξεις των άρθρων 364 και 366 του ν. 4412/2016 η προσφεύγουσα, υποστηρίζει ότι εξ'αυτών ευθέως συνάγεται ότι δια της ασκήσεως της προσφυγής κατά όρων του διαγωνισμού, όπως αυτοί περιγράφονται στην Προκήρυξη, η Αναθέτουσα Αρχή δεν κωλύεται να προβεί σε όλες τις ενδιάμεσες εκτελεστές πράξεις μέχρι την υπογραφή της οριστικής σύμβασης. Επομένως, η προσφυγή εκ του νόμου δεν κωλύει ούτε την αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων από την αρμόδια Επιτροπή Αξιολόγησης των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού, ως απαραίτητο στάδιο της προδικασίας, με βάση τους όρους αυτούς, έστω και αν αποτελούν αντικείμενο προηγηθείσας προσφυγής. Εντεύθεν, δεν κωλύεται ούτε και ο αποκλεισμός από την Αναθέτουσα Αρχή μίας προσφοράς, για τον λόγο ότι δεν πληροί τις -προσβληθείσες ή μη – τεχνικές προδιαγραφές. Άλλο το ζήτημα ότι η Αναθέτουσα Αρχή δεν δύναται νομίμως να αποκλείσει συμμετέχοντα φορέα, ο οποίος υποβάλλει προσφορά με την επιφύλαξη της αποδοχής της προηγηθείσας προσφυγής του και εντελώς διαφορετικό το ζήτημα της αναστολής της διαδικασίας, σε οποιοδήποτε στάδιο, πλην του τελικού σταδίου της σύναψης της σύμβασης, με απόφαση της ΑΕΠΠ, κανένα από τα οποία δεν συντρέχει εν προκειμένω. Εξάλλου, η αναθέτουσα αρχή υπογραμμίζει ότι η ίδια κωλύεται στη σύναψη οριστικής σύμβασης με τον οριστικώς αναδειχθέντα μειοδότη, κατ' άρθρο

Αριθμός απόφασης: 625 / 2021

364 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, έως ότου εκδοθούν αποφάσεις της Αρχής τόσο επί της προσφυγής με ΓΑΚ 327/2021 όσο και επί της προκείμενης. Κατά το μέρος δε που η προσφεύγουσα επαναφέρει τους ισχυρισμούς της ότι οι τεχνικές προδιαγραφές του είδους δεν είναι σύννομες, διότι περιέχουν προδιαγραφές, οι οποίες -κατά τους ισχυρισμούς της- είναι επιπλέον των «βασικών απαιτήσεων» του είδους, για τις οποίες το δικό της προϊόν διαθέτει σήμανση CE κατά την Οδηγία 93/42/ΕΟΚ, η αναθέτουσα αρχή αναλυτικά εκθέτει αναλυτικά με τις απόψεις της (σελ.20-25) τους λόγους για τους οποίους οι αναθέτουσες αρχές δύνανται να διαμορφώνουν τις τεχνικές προδιαγραφές προβλέποντας επιπρόσθετα χαρακτηριστικά για τα ζητούμενα προϊόντα, πέραν όσων απαιτούνται για την λήψη της σήμανσης CE, η οποία άλλωστε αποτελεί μόνον πιστοποίηση ασφαλούς κυκλοφορίας του συγκεκριμένου προϊόντος. Η αναθέτουσα αρχή υπογραμμίζει ότι οι εβδομήντα δύο (72) ταχείες δοκιμασίες αντιγόνων, οι οποίες είναι καταχωρημένες στην «Βάση δεδομένων για τις in vitro διαγνωστικές συσκευές και τις μεθόδους δοκιμών για τη νόσο COVID-19» της Ευρωπαϊκής Ένωσης με σήμανση CE (βλτε. σκέψη 4 του Προοιμίου της άνω Σύστασης) δεν έχουν τις ίδιες επιδόσεις και ως προς την ευαισθησία και την ειδικότητα. Για τον λόγο αυτόν, ο «ΠΑΓΚΟΣΜΙΟΣ ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΣ ΥΓΕΙΑΣ» (ΠΟΥ) συνιστά -μεταξύ των υφιστάμενων μοντέλων- την χρήση εκείνων των ταχείων δοκιμασιών, οι οποίες να πληρούν τις ελάχιστες απαιτήσεις επιδόσεων $\geq 80\%$ και $\geq 97\%$ ειδικότητας, όπως ευθέως προκύπτει από την σκέψη (9) του Προοιμίου. Για τον λόγο αυτόν, και στο τμήμα 2 του κυρίως σώματος της Σύστασης υπό τον τίτλο «ΚΡΙΤΗΡΙΑ ΕΠΙΛΟΓΗΣ ΤΩΝ ΤΑΧΕΙΩΝ ΔΟΚΙΜΑΣΙΩΝ ΑΝΤΙΓΟΝΩΝ» υιοθετείται πλήρως ότι «Τα κράτη μέλη θα πρέπει να επιδιώκουν τη χρήση ταχείων δοκιμασιών αντιγόνων με αποδεκτές επιδόσεις, ήτοι με επίπεδα ευαισθησίας τουλάχιστον ίσα με 80% και με ειδικότητα μεγαλύτερη ή ίση του 97%, ώστε να αποφεύγονται όσο το δυνατόν περισσότερα ψευδοαρνητικά και ψευδοθετικά αποτελέσματα», εκτός βεβαίως από την αυτονόητη υποχρέωση να έχουν σήμανση CE (αρ.8). Πράγματι, οι συγκεκριμένες τεχνικές προδιαγραφές με αριθμούς 2,3 και 4 προορίζονται να διασφαλίσουν ότι το προμηθευόμενο είδος δεν είναι μόνον ασφαλές για την ανθρώπινη υγεία, το οποίο πιστοποιεί η

Αριθμός απόφασης: 625 / 2021

σήμανση CE, αλλά και όσο το δυνατόν ακριβέστερο ως προς αποτέλεσμα· για τον λόγο αυτόν, τίθενται παράμετροι αξιολόγησης της ευαισθησίας και της ειδικότητας κάθε προμηθευόμενου είδους, δεδομένου ότι τα προϊόντα δεν είναι πανομοιότυπα και ισοδύναμα μεταξύ τους. Η αναθέτουσα αρχή επισημαίνει ότι οι εν λόγω προδιαγραφές εγκρίθηκαν από το «...», ως το καθ' ύλην αρμόδιο διοικητικό όργανο κατά την υπ' αριθμόν 4/27-1-2021 συνεδρίαση, και ευρίσκονται σε πλήρη συμμόρφωση προς τις συστάσεις τόσο του ΠΟΥ όσο και της Επιτροπής της Ε.Ε., άλλωστε, ούτε η προσφεύγουσα αμφισβητεί την νομιμότητα των τεχνικών προδιαγραφών αυτή καθ' εαυτήν, αλλά μόνον την συμπερίληψη αυτών ως δήθεν «επιπρόσθετων» της πιστοποίησης ασφαλείας. Ενόψει όλων των ανωτέρω, η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι ο πρώτος λόγος προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος. Αναφορικά δε με τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι πρέπει να απορριφθεί η προσφορά της εταιρείας «...» διότι δεν ικανοποιείται η υπ' αριθμόν 1 β) τεχνική προδιαγραφή όπου απαιτείται οι έλεγχοι του προς προμήθεια είδους «να εκτελούνται σε δείγματα ρινικά, φαρυγγικά ή ρινοφαρυγγικά ή σε δείγμα σάλιου», η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι παρατακτική σύνδεση είναι το συντακτικό φαινόμενο, κατά το οποίο συνδέονται ισοδύναμες προτάσεις (Κύριες + Κύριες, Δευτερεύουσες + Δευτερεύουσες όμοιες) με τη χρήση παρατακτικών συνδέσμων: συμπλεκτικών (και, ούτε... ούτε, μήτε, μηδέ, ουδέ, κι), αντιθετικών (αλλά, όμως, παρά, μα, ωστόσο, μολονότι, μολοταύτα, εξάλλου), διαζευκτικών (ή, είτε-είτε), συμπερασματικών (λοιπόν, επομένως, ώστε, άρα) και επεξηγηματικών (δηλαδή). Αντιθέτως, με την υποτακτική σύνδεση συνδέονται ανόμοιες προτάσεις (Κύριες + Δευτερεύουσες, Δευτερεύουσες + Δευτερεύουσες ανόμοιες) με υποτακτικούς συνδέσμους, αντωνυμίες ή επιρρήματα (ότι, μήπως, ποιος, πότε, επειδή, για να, ώστε, όταν, αν, εάν και, όπως κ.λπ.). Συνεπώς, η παρατακτική σύνδεση ούτε ταυτίζεται με την σώρευση ούτε έχει ως αντώνυμο την διάζευξη, δεδομένου ότι παρατακτικώς συνδέονται και οι όμοιες (κύριες ή δευτερεύουσες) προτάσεις, οι οποίες τελούν σε διάζευξη μεταξύ τους, συνδεόμενες με το διαζευκτικό σύνδεσμο «ή», ο οποίος εξ ορισμού συγκαταλέγεται στους παρατακτικούς συνδέσμους. Εν προκειμένω, η περίοδος έχει ως εξής: «β) να εκτελούνται σε δείγματα ρινικά,

Αριθμός απόφασης: 625 / 2021

φαρυγγικά ή ρινοφαρυγγικά ή σε δείγμα σάλιου». Η σύνδεση σε αυτήν την περίοδο μεταξύ των περισσοτέρων όρων είναι προδήλως παρατακτική και συγκεκριμένα διαζευκτική. Ο δε χαρακτήρας της σύνδεσης προκύπτει ευθέως από τον διαζευκτικό σύνδεσμο «ή», ο οποίος ευλόγως παραλείπεται στην αρχή και τίθεται ρητώς στην συνέχεια αυτής, προς αποφυγή επαναλήψεων και χάριν του νοήματος. Πράγματι, η χρήση του διαζευκτικού συνδέσμου «ή» αποδεικνύει αυτήν καθ' εαυτήν την ύπαρξη διάζευξης εξ αρχής της περιόδου, διότι εξ ορισμού συνδέει όμοιες προτάσεις. Πράγματι, η περίοδος θα είχε σε ολόκληρη την ανάπτυξη ως εξής: «β) να εκτελούνται σε δείγματα ρινικά (ή) φαρυγγικά (ή) ρινοφαρυγγικά (ρινικά + φαρυγγικά) ή σε δείγμα σάλιου». Ενόψει των ανωτέρω, η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι ο δεύτερος λόγος προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

11. Επειδή, επί της Προσφυγής παρεμβαίνει η εταιρεία «...» με την από 05.03.2021 Παρέμβασή της, η οποία ασκήθηκε εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 7 του Π.Δ.39/2017, καθότι η υπόψη Προσφυγή κοινοποιήθηκε σε αυτήν μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ στις 24.02.2021 και η Παρέμβαση ασκήθηκε εντός της δεκαήμερης προς τούτο προθεσμίας. Η δε παρεμβαίνουσα έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, ζητώντας την διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης με την οποία αποκλείστηκε η προσφορά της προσφεύγουσας και αναδείχθηκε η ίδια ανάδοχος της δημοπρατούμενης σύμβασης. Αναφορικά με τον πρώτο λόγο προσφυγής, η παρεμβαίνουσα, ως αναλυτικά εκθέτει με την Παρέμβασή της, αντιλέγει τα εξής : Η προσφεύγουσα, εν προκειμένω, αφενός ευθέως αναγνωρίζει και ομολογεί ότι με την υποβληθείσα προσφορά της δεν συμμορφώνεται με τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της εν λόγω Πρόσκλησης, αφετέρου δε, μη νόμιμα υποστηρίζει ότι η επιφύλαξη που έχει εκφράσει με την Προδικαστική Προσφυγή που άσκησε πριν την υποβολή της προσφοράς της, και η οποία αφορά σε όρο των τεχνικών προδιαγραφών της Πρόσκλησης, από μόνη της στοιχειοθετεί τον λόγο για να μην αποκλεισθεί η ίδια από την συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας καθώς και

Αριθμός απόφασης: 625 / 2021

τον λόγο για να γίνει αποδεκτή η τεχνική της προσφορά κατά το στάδιο της διενέργειας του διαγωνισμού που αφορά στην αξιολόγηση των προσφορών, παρόλο που αυτή δεν συμμορφώνεται με τους όρους της Πρόσκλησης. Ο παραπάνω ισχυρισμός της προσφεύγουσας, είναι αντιφατικός, καθώς και νομικά και ουσιαστικά αβάσιμος, σε περίπτωση δε που γίνει δεκτός, όπως ζητείται από την προσφεύγουσα, κάτι τέτοιο θα συνεπάγεται την διακριτική μεταχείριση και προστασία της προσφεύγουσας έναντι των λοιπών συμμετεχόντων οικονομικών φορέων κατά το στάδιο της αξιολόγησης των προσφορών, διότι θα σημαίνει ότι, παρότι η ίδια δεν συμμορφώθηκε με τις τεχνικές προδιαγραφές της Πρόσκλησης, εντούτοις θα έπρεπε να έχει γίνει αποδεκτή η τεχνική της προσφορά, με ότι θα συνεπαγόταν ακολούθως το γεγονός αυτό και για την επάρκεια της προμήθειας. Όπως πολύ σωστά αναφέρει και η Αναθέτουσα Αρχή στις απόψεις της, εφόσον στο στάδιο αυτό δεν αποφασίστηκε η εφαρμογή των ρυθμίσεων των άρθρων 364 και 366 του Ν. 4412/2016, που δίνουν την δυνατότητα, αναστολής, υπό προϋποθέσεις, της διαγωνιστικής διαδικασίας κατόπιν υποβολής σχετικού αιτήματος του έχοντος προς τούτο έννομο συμφέρον προσφεύγοντος, η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας δεν κωλύεται εν προκειμένω από μόνη την άσκηση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής εκ μέρους της προσφεύγουσας και ως εκ τούτου η αξιολόγηση των προσφορών των συμμετεχόντων, νομίμως και σύμφωνα με την προβλεπόμενη διαδικασία, προχώρησε κανονικά. Κατόπιν, κατά το στάδιο της αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών, η προσφορά της προσφεύγουσας αξιολογήθηκε από την Αναθέτουσα Αρχή, με τα ίδια κριτήρια που αξιολογήθηκαν και οι προσφορές των λοιπών συμμετεχόντων, δηλαδή σύμφωνα με τις προδιαγραφές και τους όρους της Πρόσκλησης, η δε απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας στη φάση αυτή, δεν οφείλεται στην διατύπωση επιφύλαξης από μέρους της αλλά οφείλεται στο γεγονός ότι η τεχνική προσφορά της δεν είναι σύμφωνη με συγκεκριμένους όρους των τεχνικών προδιαγραφών. Σε αντίθετη περίπτωση, κατά την οποία θα γινόταν δεκτή η προσφορά της προσφεύγουσας, παρά την μη συμμόρφωση της με τις προδιαγραφές της Πρόσκλησης, κάτι τέτοιο θα σήμαινε, την διακριτική μεταχείριση της προσφεύγουσας έναντι των υπολοίπων συμμετεχόντων οι οποίοι

Αριθμός απόφασης: 625 / 2021

πληρούσαν τις προδιαγραφές της Πρόσκλησης, αλλά και όσων δεν τις πληρούσαν όπως η προσφεύγουσα και για το λόγο αυτό οι προσφορές τους απορρίφθηκαν, η δε αναθέτουσα αρχή, εφόσον θα επέτρεπε τα παραπάνω, αφενός, θα παραβίαζε την αρχή της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας που οφείλει να εφαρμόζει κατά την αντιμετώπιση των διαγωνιζομένων, αφετέρου θα παρέκκλινε της δεσμευτικότητας και του κανονιστικού χαρακτήρα της Πρόσκλησης. Συνεπώς, κατά την παρεμβαίνουσα, η προσφεύγουσα δεν στερήθηκε κάποιο νόμιμο δικαίωμα της λόγω της συνέχισης της διαγωνιστικής διαδικασίας διότι συμμετείχε κανονικά σε αυτήν και αξιολογήθηκε όπως και οι λοιποί συμμετέχοντες. Ταυτόχρονα, το δικαίωμα συμμετοχής της στον διαγωνισμό υπό τις προϋποθέσεις που επιδιώκει με την επιφύλαξη που έχει ήδη διατυπώσει με την προδικαστική προσφυγή της, δεν έχει παρακωλυθεί αλλά ούτε και περιοριστεί καθ' οιονδήποτε τρόπο εξαιτίας της συνέχισης της διαγωνιστικής διαδικασίας, καθώς η επιφύλαξη της θα αξιολογηθεί κανονικά κατά την συζήτηση της υπ' αριθμ. ΓΑΚ 327/11.2.2021 προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ, και αναλόγως της εκτίμησης και έκβασης της, καθώς και των λοιπών προδικαστικών προσφυγών που έχουν ασκηθεί από άλλους συμμετέχοντες, θα διαμορφωθεί τελικά η υπογραφή της σύμβασης για την υπό κρίση προμήθεια. Συνεπώς, δεν ευσταθεί ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η αναθέτουσα την απέκλεισε από την διαδικασία του διαγωνισμού λόγω μη συμμόρφωσης της προς τον όρο της διακήρυξης, επειδή δηλαδή έχει διατυπώσει επιφύλαξη ως προς την νομιμότητα όρου της Πρόσκλησης, αλλά αντιθέτως η αναθέτουσα επέτρεψε στην προσφεύγουσα να συνεχίσει στην επόμενη φάση της διαγωνιστικής διαδικασίας και εξέτασε κανονικά την υποβληθείσα τεχνική προσφορά της. Αναφορικά με την νομολογία της ΕΑ ΣτΕ που επικαλείται η προσφεύγουσα, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι τόσο η σκέψη της ΣτΕ ΕΑ 728/2006 όσο και η σκέψη και ΣτΕ ΕΑ 881/2008 αναφέρονται στην δυνατότητα του προσφέροντος που έχει επιφυλαχθεί με την προσφορά του ως προς τους όρους της διακήρυξης, να συμμετάσχει κανονικά στην διαγωνιστική διαδικασία παρότι δεν προσκομίζει το αιτούμενο από την διακήρυξη έγγραφο περί ανεπιφύλακτης αποδοχής όλων των γενικών και ειδικών όρων της διακήρυξης. Αναφέρουν, δηλαδή, οι εν λόγω δικαστικές

Αριθμός απόφασης: 625 / 2021

αποφάσεις ότι δεν πρέπει να αποκλεισθεί από την διαγωνιστική διαδικασία και συμμετέχων, ο οποίος δεν δήλωσε ότι αποδέχεται τους όρους της διακήρυξης επειδή έχει σχετικά επιφυλαχθεί. Κατά τα λοιπά, και ως προς το μέρος του ισχυρισμού της προσφεύγουσας, με τον οποίο προσβάλλει τις τεχνικές προδιαγραφές της Πρόσκλησης διότι, κατά την άποψη της, είναι επιπλέον των «βασικών απαιτήσεων» του είδους, για τις οποίες το δικό της προϊόν διαθέτει σήμανση CE κατά την Οδηγία 93/42/ΕΟΚ, προς αποφυγή επαναλήψεων, λαμβάνοντας υπόψη ότι η προσφεύγουσα αναπαράγει εδώ ίδια επιχειρήματα και προβάλλει ίδιους ισχυρισμούς με αυτούς που έχει ήδη καταθέσει στο πλαίσιο της προηγούμενης υπό ΓΑΚ 327/11.2.2021 προδικαστικής προσφυγής της που εκκρεμεί ενώπιον της ΑΕΠΠ, και κατά της οποίας έχει παρέμβει προς υποστήριξη των εκεί κατατεθεισών απόψεων της Αναθέτουσας Αρχής, με την από 19.2.2021 Παρέμβαση της, η παρεμβαίνουσα παραπέμπει τόσο στο δικόγραφο της από 19.2.2021 Παρέμβασής της όσο και στις από 18.2.2021 απόψεις της ..., που διατυπώθηκαν προς αντίκρουση των ισχυρισμών της προσφεύγουσας στην παραπάνω προσφυγή. Αναφορικά με τον δεύτερο λόγο προσφυγής, η παρεμβαίνουσα, προς ενίσχυση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, επισημαίνει ένα σημείο, το οποίο προκύπτει από την επικαλούμενη από την προσφεύγουσα νομολογία. Στην πιο πρόσφατη από τις αποφάσεις που επικαλείται η προσφεύγουσα, απόφαση της ΑΕΠΠ 427/2019, αναφέρεται επί λέξει ότι : « [...] Όλα τα προσφερόμενα να διαθέτουν CE MARK, FDA και να διατίθενται από αποκλειστικό αντιπρόσωπο που έχει ISO 9001 της υπουργικής απόφασης Ε3/833/99 (διακίνηση ιατροτεχνολογικών προϊόντων)». Εκ του ως άνω όρου, όπου το πιστοποιητικό FDA τέθηκε σωρευτικά και παρατακτικά μετά του CE MARK, προκύπτει με σαφήνεια ότι ως απαραίτητο στοιχείο της προσφοράς επιβλήθηκε η κατοχή εκ των προσφερόμενων προϊόντων αμφοτέρων των πιστοποιήσεων ομού, χωρίς να τίθεται ζήτημα διαζευκτικής ή εναλλακτικής απαίτησής τους βάσει της απλής γραμματικής ερμηνείας του όρου, αφού κόμμα («, ») ως σημείο στίξης χρησιμοποιείται εντός του λόγου συντακτικά για τον διαχωρισμό όμοιων ασύνδετων μεταξύ τους όρων, ενώ η διάζευξη δηλώνεται με διαζευκτικούς συνδέσμους ή πλαγιοκάθετο («/»). Ουδόλως δε από

Αριθμός απόφασης: 625 / 2021

τη διατύπωση «όλα τα προσφερόμενα να διαθέτουν» προκύπτει ή καταλείπεται αμφιβολία περί μη ουσιώδους ή προαιρετικής προδιαγραφής, καθώς προκύπτει ευκρινώς ότι όλα τα προσφερόμενα είδη πρέπει να διαθέτουν τα παρατιθέμενα χαρακτηριστικά... [...]». Αρκεί και μόνον η απλή ανάγνωση του όρου της προδιαγραφής όπως περιγράφεται στην ως άνω απόφαση της ΑΕΠΠ, ότι «Όλα τα προσφερόμενα να διαθέτουν CE MARK, FDA και να διατίθενται από αποκλειστικό αντιπρόσωπο που έχει ISO 9001...», για να γίνει αντιληπτό ότι ουδεμία νοηματική σχέση έχει η φράση που συναντάται εδώ, όπου τα είδη τα οποία διαχωρίζονται μεταξύ τους με κόμματα, ακολούθως συνδέονται με τον συμπλεκτικό σύνδεσμο «και», με την φράση που περιγράφεται στην υπό κρίση Πρόσκληση «...να εκτελούνται σε δείγματα ρινικά, φαρυγγικά ή ρινοφαρυγγικά ή σε δείγμα σάλιου», όπου τα είδη που διαχωρίζονται μεταξύ τους με κόμματα, ακολούθως συνοδεύονται από τον διαζευκτικό σύνδεσμο «ή». Στην πρώτη περίπτωση το «και» συνδετικό υποδεικνύει είδη που πρέπει συγκεντρωτικά να έχουν τα χαρακτηριστικά που ζητούνται, ενώ στην δεύτερη περίπτωση το «ή» διαζευκτικό υποδεικνύει είδη που ζητείται να έχουν διαζευκτικά, ήτοι εναλλακτικά τα χαρακτηριστικά που ζητούνται, δηλαδή εν προκειμένω «να εκτελούνται σε δείγματα ρινικά, (είτε) φαρυγγικά ή (είτε) ρινοφαρυγγικά ή (είτε) σε δείγμα σάλιου». Συνεπώς, και ο δεύτερος λόγος της προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως προδήλως αβάσιμος.

12. Επειδή, η προσφεύγουσα με το από 26.03.2021 Υπόμνημά της, το οποίο κατέθεσε νομίμως και εμπροθέσμως αναφέρεται στις απόψεις της αναθέτουσας αρχής, υποστηρίζει δε ότι αυτή ουδόλως αντικρούει την πάγια νομολογιακή θέση και τις αποφάσεις που διαλαμβάνεται στην Προσφυγή της αναφορικά με τη μη νομιμότητα της απόρριψης του διαγωνιζομένου με βάση όρο της Διακήρυξης, τον οποίον έχει προσβάλει και ως προς τον οποίον έχει επιφυλαχθεί σχετικώς στην Προσφορά του. Επισημαίνει δε ότι έχει σχετικώς ασκήσει τη γεν. αριθ. κατάθ. ΑΕΠΠ 327/11-2-2021 Προσφυγή της κατά της Διακήρυξης και έχει διατυπώσει νόμιμα τις σχετικές επιφυλάξεις της στην

Αριθμός απόφασης: 625 / 2021

Προσφορά της, αναμένει δε την απόφαση επί της Προσφυγής κατά των όρων της διακήρυξης.

13. Επειδή, από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει ότι, η προσφεύγουσα είχε ήδη, πριν την υποβολή της προσφοράς της, ασκήσει την με ΓΑΚ 327/11-02-2021 Προδικαστική Προσφυγή κατά της νομιμότητας των υπ' αριθμ. 2 παρ. α έως γ, 3 και 4 Τεχνικών Προδιαγραφών (ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΣΤ, σελ. 23-24 της Πρόσκλησης), οι οποίες ορίζουν ότι τα προς προμήθεια rapidtests πρέπει «να έχουν περάσει επαρκή αξιολόγηση», και συγκεκριμένα: «(στην προδιαγραφή 2) - τη συμπερίληψή τους είτε στην αντίστοιχη λίστα του Παγκόσμιου Οργανισμού Υγείας (WHO) ή στη λίστα αξιολόγησης της FIND είτε να έχει δημοσιευθεί η αξιολόγησή τους σε περιοδικό με κριτές και υπό συγκεκριμένες ειδικότερες προϋποθέσεις (το περιοδικό να καταλογραφείται στο PubMed και να έχει Impact Factor από την Clarivate Analytics μεγαλύτερο ή ίσο από 2 το 2019 ή το 2020. Η αξιολόγηση να έχει γίνει σε σύγκριση με realtime PCR και, συγκεκριμένα, τουλάχιστον από 100 δείγματα από ασθενείς, τα οποία έχουν ελεγχθεί ως θετικά μέχρι και τον 33ο κύκλο της αντίδρασης. Επίσης, στη δημοσίευση, η αξιολόγηση της ειδικότητας της διαδικασίας θα πρέπει να έχει γίνει σε σύγκριση με realtime PCR και, συγκεκριμένα, σε τουλάχιστον 240 δείγματα από ασθενείς, τα οποία έχουν ελεγχθεί με realtime PCR ως αρνητικά. Ειδικά για τη μελέτη αυτή, η προδιαγραφή 4 ορίζει ότι πρέπει να προσάγεται αντίγραφο της δημοσιευμένης σε ιατρικό περιοδικό μελέτης αυτής, να υπάρχει προς επίδειξη περίληψη του άρθρου στην PubMed τη στιγμή της αξιολόγησης, διαθέσιμο αντίγραφο από το JCR της Clarivate που να φαίνεται στο impact factor του περιοδικού και υπεύθυνη δήλωση ότι, στη δημοσίευση ότι στη δημοσίευση που κατατέθηκε, η ευαισθησία έχει ελεγχθεί σε τουλάχιστον 100 ανεξάρτητα δείγματα που έχουν ελεγχθεί ως θετικά με την προαναφερόμενη μέθοδο μέχρι και τον 33ο κύκλο καθώς και η ειδικότητα σε 240 αρνητικά, ομοίως. Ακόμη, απαιτείται (με την προδιαγραφή 3) να η ευαισθησία της δοκιμασίας για ανίχνευση του ιού, όπως αυτή προκύπτει από την ως άνω αξιολόγηση, να είναι ίση ή μεγαλύτερη του 85% σε δείγματα που έχουν βγει με real time PCR καθώς και ότι είναι θετικά μέχρι τον

Αριθμός απόφασης: 625 / 2021

33ο κύκλο, η δε ειδικότητα της δοκιμασίας για ανίχνευση του ιού να προκύπτει ίση ή μεγαλύτερη του 98% σε δείγματα που έχουν βγει αρνητικά με την ίδια μέθοδο». Ειδικότερα, με την με ΓΚ 327/2021 Προσφυγή της, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι οι ως άνω προσβαλλόμενες προδιαγραφές συνιστούν πρόσθετες προδιαγραφές που αντίκεινται στις διατάξεις της κοινοτικής Οδηγίας 98/79/ΕΟΚ (ιδίως δε των άρθρων 1 π αρ. 1 β κ αι 3 , 3, 4, 8 , 9 π αρ. 4 , 10 παρ. 1, 3, 5, 18 παρ. 1 καθώς και της παρ. Β' 8.7. ια' του Παραρτήματος Ι αυτής), η οποία μεταφέρθηκε στην Ελληνική έννομη τάξη με την υπ' αριθ. ΔΥ8δ/οικ.3607/892/2001 Κ.Υ.Α. (ΦΕΚ Β' 1060) Υπουργική Απόφαση κατά το μέρος που απαιτούν την πλήρωση περισσότερων προϋποθέσεων από τη σήμανση CE των προσφερόμενων προϊόντων όπως και ότι ο ειδικότερος όρος της Πρόσκλησης, που επιβάλλει προσκόμιση συγκεκριμένων μελετών, έχει κριθεί ad hoc ως μη νόμιμος, με το σκεπτικό ότι εμποδίζει την ελεύθερη κυκλοφορία των προϊόντων (εδώ των rapid tests) που είναι πιστοποιημένα με τη σήμανση CE, προς απόδειξη προδιαγραφών ήδη καλυπτομένων από την εν λόγω σήμανση, η οποία υποδηλώνει ότι τα προϊόντα που τη φέρουν έχουν αποτελέσει αντικείμενο αξιολόγησης της πιστότητάς τους και, επομένως, πληρούν τις βασικές απαιτήσεις της Οδηγίας. Ως εκ τούτου, σε συνέχεια της ως άνω με ΓΑΚ 327/2021 Προσφυγής της κατά των υπ' αριθ. 2 παρ. α έως γ, 3 και 4 Τεχνικών Προδιαγραφών (ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΣΤ, σελ. 23-24 της Πρόσκλησης), η προσφεύγουσα υπέβαλε την προσφορά της στον υπόψη διαγωνισμό με επιφύλαξη ως προς την νομιμότητα των ως άνω όρων. Ειδικότερα, με το υπ' αριθ. πρωτ. 130/12.02.2021 έγγραφο με τίτλο «Γενική Επιστολή» που υπέβαλε με την προσφορά της, ο νόμιμος εκπρόσωπος της προσφεύγουσας δήλωσε ότι : «*Λάβαμε γνώση των γενικών και ειδικών όρων της πρόσκλησής σας, τους οποίους αποδεχόμαστε, με την επιφύλαξη των όρων της πρόσκλησης με αρ. πρωτ. .../1-2-2021 που έχουμε προσβάλει με την από 10-02-2021 (ΓΑΚ/ΑΕΠΠ/327/11-02-2021) προσφυγή μας ενώπιον της ΑΕΠΠ και σας επισυνάπτουμε αντίστοιχη οικονομική προσφορά για τα προϊόντα του οίκου ..., του οποίου είμαστε αντιπρόσωποι στην Ελλάδα*» και επίσης με την από 12.02.2021 Υπεύθυνη Δήλωση που η προσφεύγουσα υπέβαλε μαζί με την τεχνική προσφορά της δήλωσε ότι: «β) Η προσφορά της

Αριθμός απόφασης: 625 / 2021

εταιρείας «...» είναι σύμφωνη με τις Τεχνικές Απαιτήσεις, όπως καταγράφονται στο Παράρτημα «Τεχνικές προδιαγραφές» της με αριθμό πρωτ. .../1-2-2021 πρόσκλησης του ... (και με αυτήν προσκομίζονται όλα τα απαραίτητα δικαιολογητικά/πιστοποιητικά που αποδεικνύουν την ως άνω συμμόρφωση με τις Τεχνικές προδιαγραφές) πλην όσων έχουμε προσβάλει με την από 10-02-2021 (ΓΑΚΙΑΕΠΠ/327/11-02-2021) προσφυγή μας ενώπιον της ΑΕΠΠ και ως προς τη νομιμότητα των οποίων επιφυλασσόμαστε». Περαιτέρω, δοθέντων, αφενός μεν ότι, κατόπιν της με ΓΑΚ 327/11.02.2021 Προσφυγής και έως την έκδοση της επί αυτής απόφασης, δεν ανεστάλη η πρόοδος της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας και αφετέρου δε ότι, κατά το στάδιο αξιολόγησης των προσφορών δεν είχαν ακυρωθεί οι εκεί προσβαλλόμενες προδιαγραφές με απόφαση της ΑΕΠΠ, ορθώς η αναθέτουσα αρχή προχώρησε στην αποσφράγιση και την αξιολόγηση των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών και οικονομικών προσφορών των διαγωνιζομένων. Μόνον δε η διατύπωση επιφύλαξης εκ μέρους της προσφεύγουσας κατά την υποβολή της τεχνικής προσφοράς της δεν σημαίνει ότι η αναθέτουσα αρχή θα έπρεπε, ειδικά σε ότι αφορά την προσφεύγουσα, να εξετάσει την προσφορά της, μη τηρουμένων των τεχνικών προδιαγραφών για τις οποίες αυτή επιφυλάχθηκε. Εξάλλου, κατά το χρόνο εξέτασης της παρούσας, έχει ήδη εκδοθεί η ΑΕΠΠ 573/2021, κατά το διατακτικό της οποίας απερρίφθη η με ΓΑΚ 327/11.02.2021 Προσφυγή, και ως εκ τούτου και το αίτημα της προσφεύγουσας περί ακυρώσεως των υπ' αριθ. 2 παρ. α έως γ, 3 και 4 Τεχνικών Προδιαγραφών (ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΣΤ, σελ. 23-24 της Πρόσκλησης), κρίνοντας η ΑΕΠΠ ότι οι επίμαχες προδιαγραφές τίθενται νομίμως, και συνεπώς ουδεμία αμφιβολία υφίσταται ως προς την απόρριψη με την προσβαλλόμενη αιτιολογία της τεχνικής προσφοράς της προσφεύγουσας, η οποία τόσο προηγουμένως, όσο και δια της παρούσας προσφυγής της, συνομολογεί ότι η υποβληθείσα τεχνική προσφορά της δεν πληροί τις επίμαχες προδιαγραφές. Ενόψει των ανωτέρω απορρίπτεται ως αβάσιμος ο πρώτος λόγος προσφυγής, γενομένων δεκτών των οικείων ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας.

Αριθμός απόφασης: 625 / 2021

14. Επειδή, κατά το μέρος που η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσφοράς της συνδιαγωνιζομένης της «...», ισχυρίζεται ότι η προσφορά της τελευταίας δεν πληροί την προδιαγραφή υπ' αριθ. 1 παρ. β του ΣΤ' Παραρτήματος της διακήρυξης διότι προσφέρει μόνον test για ρινοφαρυγγικά δείγματα, και όχι και τα επίσης ζητούμενα ρινικά δείγματα, η δε αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι κατά την έννοια του επίμαχου όρου κρίσιμο είναι να τα ζητούμενα tests να εκτελούνται σε δείγματα ρινικά ή φαρυγγικά ή ρινοφαρυγγικά ή σε δείγματα σάλιου, ευλόγως δε και προς αποφυγή επαναλήψεων παραλείπεται στην αρχή ο διαζευτικός σύνδεσμος «ή». Εν προκειμένω, με την υπ' αριθ. 1 παρ. β Τεχνική Προδιαγραφή του Παραρτήματος ΣΤ' της Διακήρυξης απαιτείται : «1. Τα ιατροτεχνολογικά προϊόντα ελέγχων αντιγόνων SARS-CoV-2 (rapid test) για τη διενέργεια ελέγχων νόσησης από τον κορωνοϊκό πρέπει να έχουν τα ακόλουθα ελάχιστα αναγκαία χαρακτηριστικά : α), β) να εκτελούνται σε δείγματα ρινικά, φαρυγγικά ή ρινοφαρυγγικά ή σε δείγματα σάλιου». Από τη διατύπωση της ως άνω προδιαγραφής δεν συνάγεται με σαφήνεια εάν κατά την έννοια του ως άνω όρου τα ζητούμενα tests πρέπει να εκτελούνται οπωσδήποτε σε ρινικά δείγματα και σωρευτικώς σε ένα από τα εν συνεχεία διαζευτικώς αναφερόμενα, ήτοι φαρυγγικά ή ρινοφαρυγγικά ή σε δείγμα σάλιου ή εάν τα ζητούμενα tests απαιτείται να εκτελούνται σε ένα οποιοδήποτε εκ των ως άνω αναφερόμενων δειγμάτων, ήτοι σε ρινικά ή σε φαρυγγικά ή ρινοφαρυγγικά ή σε δείγμα σάλιου. Με άλλα λόγια, εφόσον από την διατύπωση της επίμαχης προδιαγραφής ελλείπει ο σύνδεσμος «και» μεταξύ των όρων «ρινικά», «φαρυγγικά», δεν αποτυπώνεται με σαφήνεια εάν οι δύο αυτές προδιαγραφές νοούνται σωρευτικά ή εάν εννοείται και μεταξύ αυτών η διάζευξη που εν συνεχεία αποτυπώνεται με τον σύνδεσμο «ή» μεταξύ των λοιπών αναφερόμενων δειγμάτων. Ασάφειες όμως ή πλημμέλειες των εγγράφων της σύμβασης έχει κριθεί ότι δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζομένων, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών και θα πρέπει να παρέχεται και σε αυτούς, οι οποίοι βλάπτονται από την ασάφεια ή την πλημμέλεια αυτή, η δυνατότητα να συμπληρώσουν την τυχόν ελαττωματική προσφορά τους (ΕΑ ΣτΕ 423/2011, 424/2011, 425/2011). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων

Αριθμός απόφασης: 625 / 2021

της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται σε βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑΘ 1959/1970, Αρμ. 1970, σελ. 1111, Εφ.Θεσ. 501/87, ΕΔημ.Εργ. 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, έκδοση θ', Σάκκουλας, σελ 776). Δοθείσης της ασάφειας τούτης, η οποία, δεν μπορεί να ερμηνευθεί σε βάρος του καλόπιστου διαγωνιζόμενου, επιφέροντας την απόρριψη της προσφοράς του, στην κριθείσα περίπτωση ορθώς η προσφορά της εταιρείας «...», η οποία προσέφερε μόνον ρινοφαρυγγικά δείγματα, έγινε αποδεκτή, απορριπτόμενου και του δεύτερου λόγου προσφυγής.

15. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω, η υπόψη Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να γίνει δεκτή η Παρέμβαση.

16. Επειδή, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα, ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., ποσού 15.000,00 ευρώ, πρέπει, κατά τα κριθέντα στη σκέψη 4 της παρούσας, να της επιστραφεί κατά το υπερβάλλον μέρος του, ποσού 14.400,00 ευρώ και να καταπέσει κατά το ποσό των 600,00 ευρώ.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προσφυγή.

Δέχεται την Παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του προσκομισθέντος παραβόλου κατά το υπερβάλλον ποσό των 14.400,00 ευρώ και την κατάπτωση αυτού κατά το ποσό των 600,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 2 Απριλίου 2021, και εκδόθηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη στις 5 Απριλίου 2021.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Αριθμός απόφασης: 625 / 2021

Νικόλαος Σ. Σαββίδης

Μιχαήλ Γ. Σοφιανός