

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

ΜΟΝΟΜΕΛΕΣ ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 29 Απριλίου 2022 με την εξής σύνθεση:
Μαρία Βύρρα, υπό την ιδιότητά του ως Μονομελούς Κλιμακίου.

Για να εξετάσει την από 24.03.2022 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 450/24.03.2022 της εταιρείας με την επωνυμία «...», όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής «η προσφεύγουσα»).

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

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να γίνει δεκτή η προδικαστική προσφυγή της και να ακυρωθούν οι υπ' αριθμ. 169 & 214/2022 αποφάσεις του Δ.Σ του (εφεξής «οι προσβαλλόμενες»), καθ' ό μέρος έκαναν αποδεκτή την προσφορά της εταιρίας «...» και την ανέδειξαν ανάδοχο για τους αναφερόμενους σε αυτήν λόγους.

Κατά του οικονομικού φορέα «...» με διακριτικό τίτλο «...», όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής «η παρεμβαίνουσα»).

Με την παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος των προσβαλλόμενων.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αριθμό πρωτ. ... Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε ανοικτός Διαγωνισμός κάτω των ορίων για την προμήθεια «ΑΝΤΙΔΡΑΣΤΗΡΙΑ ΓΙΑ ΤΗΝ ΜΟΡΙΑΚΗ ΕΞΕΤΑΣΗ ΚΑΙ ΤΗΝ ΠΟΙΟΤΙΚΗ ΑΝΙΧΝΕΥΣΗ COVID-19 (με συνοδό εξοπλισμό) ΚΑΙ ΤΟΝ ΠΡΟΣΔΙΟΡΙΣΜΟ ΑΝΤΙΣΩΜΑΤΩΝ ΤΟΥ ΙΟΥ» ενταγμένου στον Πίνακα

Αριθμός Απόφασης: 752/2022

Προγραμματισμού Προμηθειών και Υπηρεσιών Υγείας Έτους 2021, προϋπολογιζόμενης δαπάνης 70.000,00€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ) 0%, με CPV ... και ΚΑΕ 1359 και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής. Στον εν θέματι διαγωνισμό συμμετείχε και η προσφεύγουσα με α/α προσφοράς 266408 και η παρεμβαίνουσα με α/α προσφοράς 268167 υποβάλλοντας προσφορά για το είδος «ΤΕΣΤ ΑΝΙΧΝΕΥΣΗΣ PCR ΚΑΙ REAL TIME PCR» με συνοδό εξοπλισμό. Με τις προσβαλλόμενες έγινε αποδεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος στο προαναφερόμενο είδος.

2. Η Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 26-01-2021 με ΑΔΑΜ: ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) (Συστημικός Αριθμός ...).

3. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί νόμιμο παράβολο κατά τις διατάξεις του άρθρου 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...) , ύψους 600,00 €, υπολογισμένο επί του προϋπολογισμού της σύμβασης για την οποία ασκείται η προσφυγή, προϋπολογισμού 70.000 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 0%.

4. Επειδή, η υπό εξέταση προσφυγή, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 61 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π, ήδη ΕΑΔΗΣΥ.

5. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί νομίμως και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017, καθώς οι προσβαλλόμενες κοινοποιήθηκαν στους διαγωνιζόμενους μέσω της

λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 18.03.2022, οπότε και έλαβε γνώση αυτής η προσφεύγουσα και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 24.03.2022, κοινοποιήθηκε, δε, με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π, ήδη ΕΑΔΗΣΥ, από την προσφεύγουσα.

6. Επειδή, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκεί η προσφεύγουσα την προδικαστική προσφυγή, έχοντας υποβάλλει σχετική προσφορά και προβάλλει ζημία της ερειδόμενη στην παράνομη προσφορά των συνδιαγωνιζόμενων και στο επιδιωκόμενο όφελος από την ανάδειξή της ως αναδόχου της σύμβασης.

7. Επειδή, με το από 01.04.2022 έγγραφό της η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε εμπροθέσμως τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής. Τις ως άνω απόψεις η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε αφενός στην ΑΕΠΠ και αφετέρου στους διαγωνιζόμενους μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 01.04.2022.

8. Επειδή, εμπροθέσμως στις 06.04.2022 η προσφεύγουσα κατέθεσε υπόμνημα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, το οποίο λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο.

9. Επειδή, στις 24.03.2022 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση πρώτης προσφυγής μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1α του ΠΔ 39/2017.

10. Επειδή, η παρεμβαίνουσα κατέθεσε στις 04.04.2022 – κατά παρέκταση δεδομένου πως η τελευταία μέρα της δεκαήμερης προθεσμίας του άρθρου 362 αρ. 3 ν. 4412/2016 ήταν η 03.4.2022, ημέρα Κυριακή, δηλαδή εξαιρετέα ημέρα- ήτοι εμπροθέσμως, μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού την παρέμβασή της επί της προσφυγής, ασκεί δε αυτή μετ' εννόμου συμφέροντος καθώς έχει ανακηρυχθεί προσωρινή ανάδοχος και ως εκ τούτου επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης.

11. Επειδή, στον εν θέματι διαγωνισμό συμμετείχαν τρεις οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα, και η παρεμβαίνουσα, οι οποίες υπέβαλαν τις με αριθμό συστήματος 246408 και 268147 προσφορές αντίστοιχα.

12. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητας των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

13. Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 25 και απόφαση SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 27). 26. Επειδή, περαιτέρω επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac

Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. Ι-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. Ι-2043, σκέψη 54).

14. Επειδή η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣτΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, ΣτΕ 111/2006, 597/2007 κ.ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β΄ Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 195 επ.). Σύμφωνα, δε, με την εν λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

15. Επειδή, οι όροι των τεχνικών προδιαγραφών είναι απαραίτατοι και η απόκλιση των προσφορών από αυτές συνεπάγεται τον αποκλεισμό τους, εκτός εάν ορισμένες προδιαγραφές είναι σύμφωνα με τη διακήρυξη προαιρετικές (ΣτΕ ΕΑ 192/2012, 291/2011, ΕΣ Τμ. Μείζ.-Επταμ. 2446/2012, Γνωμ. ΝΣΚ 521/2011).

16. Επειδή, με βάση τη διακήρυξη, όπου η πλήρωση των όρων της επισημαίνεται ως απαίτηση, καθίσταται σαφές ότι οι τεχνικές απαιτήσεις συνιστούν απαραίτατους όρους της διακήρυξης. (βλ. απόφαση ΔΕΕ της 5ης Δεκεμβρίου 2013, C-561/12 Nordecon AS, Ramboll Eesti AS κατά Rahandusministeerium).

17. Επειδή, εξάλλου, σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «με ποινή αποκλεισμού...», «με ποινή απαραδέκτου....», «οι συμμετέχοντες πρέπει...» ή άλλους παρόμοιους, είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της (βλ. Γνωμδ ΝΣΚ 70/2002).

18. Επειδή, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το

στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000). Ως εκ τούτου, προσφορές που δεν πληρούν τις ανωτέρω απαιτήσεις, καθίστανται απορριπτέες, ακόμη και στις περιπτώσεις που η διακήρυξη δεν αναφέρει ρητά (κατά μείζονα δε λόγο, όταν ορίζει) ότι οι εν λόγω απαιτήσεις τάσσονται επί ποινή αποκλεισμού (ΕΑΣΤΕ 79/ 2009, 26/2007, Ελ. Συν. VI Τμήμα, Αποφ. 24995, 1949/2009. Πρ. 115, 10/2008, 222/2005, Ζ΄ Κλιμάκιο, Πρ. 116/2012, 1177/2009, ΔΗΜΗΤΡΙΟΣ Ι. ΡΑΙΚΟΣ, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β΄ έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλας, 2017, σελ 195-197), κ.ά.). Το ίδιο αφορά προφανώς και τη συνδρομή τεχνικών προδιαγραφών, οι οποίες προβλέπονται σε κάθε περίπτωση από τη διακήρυξη. Τα παραπάνω προκύπτουν και εκ της αρχής της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή των κριτηρίων ανάθεσης και την κρίση επί των προδιαγραφών και προσκομιζομένων δικαιολογητικών κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54), καθώς οι προσφορές τους θα αξιολογηθούν στα επόμενα στάδια επί τη βάση των όσων δήλωσαν, προσκόμισαν και εν τέλει ίσχυαν κατά τον ως άνω κρίσιμο χρόνο (ήτοι αυτόν της ολοκλήρωσης χρόνου υποβολής προσφορών).

19. Επειδή στο «*ΜΕΡΟΣ Β-ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ-ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ*» της οικείας Διακήρυξης οριζόταν: «*«Το κιτ περιέχει ενσωματωμένα σε κασέτα ανεξάρτητη για κάθε δείγμα (monotest) όλα τα απαραίτητα αντιδραστήρια για την αυτόματη εκχύλιση (extraction) για τον προσδιορισμό με PCR 24 συνολικά δειγμάτων (24 κασέτες)...*».

20. Επειδή με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της η προσφεύγουσα επικαλείται πως: «*Ι.- Απόκλιση ως προς το αναλώσιμο*

Μεταξύ των απαιτήσεων για το ζητούμενο αντιδραστήριο διαλαμβάνεται και η εξής (σελ. 56) :

«Το kit περιέχει ενσωματωμένα σε κασέτα ανεξάρτητη για κάθε δείγμα (monotest) όλα τα απαραίτητα αντιδραστήρια για την αυτόματη εκχύλιση (extraction) για τον προσδιορισμό με PCR 24 συνολικά δειγμάτων (24 κασέτες)...»

Η εταιρία ΝΕΑ ΔΙΑΓΝΩΣΤΙΚΗ ΔΙΑΣΤΑΣΗ ΕΠΕ στην υποβληθείσα Τεχνική της Προσφορά (βλ. σε ηλεκτρονικό αρχείο «... Ηλεκτρονικός 17-02-2022 (...) ΤΕΧΝΙΚΗ signed.pdf», σελ. 1) προσφέρει το διαγνωστικό kit του ... Οίκου ... με κωδικό εργοστασίου ... και σε συσκευασία των 20 tests.

Συνεπώς, η εν λόγω εταιρία συνομολογεί ευθέως ότι προσφέρει συσκευασία για το ζητούμενο αντιδραστήριο αποκλίνουσα απ' αυτή που απαιτεί η διακήρυξη, καθώς για το προσφερόμενο kit αναφέρεται επί λέξει :

«... Συσκευασία 20 test...»

Άρα η προσφορά της συνδιαγωνιζόμενης εταιρίας ως μη πληρούσα απαραίτατο όρο της διακήρυξης αναφορικά στην προσφερόμενη συσκευασία είναι κατά δέσμια αρμοδιότητα της Αναθέτουσας Αρχής απορριπτήα».

21. Επειδή η παρεμβαίνουσα ως προς τον πρώτο λόγο της προσφυγής επάγεται τα εξής: «...δ. Και ναι μεν στην γενική περιγραφή του είδους αναφέρεται ότι το «kit περιέχει ενσωματωμένα σε κασέτα ανεξάρτητη για κάθε δείγμα (monotest) όλα τα απαραίτητα αντιδραστήρια για την αυτόματη εκχύλιση (extraction) και τον προσδιορισμό με PCR 24 συνολικά δειγμάτων (24 κασέτες)» πλην όμως ο αριθμός των αντιδραστηρίων, όπως σαφώς προκύπτει από την παραπάνω αυτούσια παράθεση των οριζόμενων ως ελάχιστων τεχνικών χαρακτηριστικών που ζητείται σύμφωνα με τη διακήρυξη να έχει το υπό προμήθεια είδος, σε αντίθεση με τα υπόλοιπα αναφερόμενα στη γενική περιγραφή χαρακτηριστικά (λ.χ. μορφή μονοτέστ σε κασέτες, ανίχνευση γονιδιακών θέσεων κλπ), δεν περιλαμβάνεται μεταξύ των αναγκαίων ελάχιστων τεχνικών προδιαγραφών που πρέπει επί ποινή απαραδέκτου να καλύπτει η προσφερόμενη συσκευασία. ε. Προκύπτει επομένως, τόσο από τη λεκτική

διατύπωση των απαριθμούμενων στο Παράρτημα I τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης όσο και από το περιεχόμενο του φύλλου συμμόρφωσης με τα έγγραφα τεκμηρίωσης της κάλυψής τους, βάσει των οποίων γίνεται η τεχνική αξιολόγηση των προσφορών, ότι ο αριθμός των αντιδραστηρίων της προσφερόμενης συσκευασίας δεν αποτελεί απαράβατο όρο της διακήρυξης, αφού δεν περιλαμβάνεται μεταξύ των περιοριστικώς μνημονευόμενων (1-11) προδιαγραφών που πρέπει να πληροί το υπό προμήθεια kit ανίχνευσης ιού SARS-COV-2. στ. Τούτο άλλωστε επαληθεύεται και από την φύση του διαγωνιστικού αντικειμένου (προσφορά αναλωσίμων με συνοδό εξοπλισμό που αποβλέπει στην διενέργεια εξετάσεων), σε συνδυασμό και με τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί προς εξυπηρέτηση αυτού του σκοπού. Εν προκειμένω, εφόσον με την προδιαγραφή υπ' αριθ. 1, ρητώς απαιτείται τα προσφερόμενα αντιδραστήρια να διατίθενται σε κασέτες με τη μορφή μονοτέστ, ο αριθμός των αντιδραστηρίων της κάθε συσκευασίας, ο οποίος άλλωστε δεν έχει σχέση με τις ιδιότητες του υλικού, ουδεμία, ουσιαστική ή άλλη επιρροή ασκεί στην διαδικασία της εξέτασης ή επίπτωση έχει στο τελικό αποτέλεσμα, αφού στη συγκεκριμένη περίπτωση για κάθε ένα εξεταζόμενο δείγμα χρησιμοποιείται μόνο μία μονοκασέτα, οι δε υπόλοιπες κασέτες δεν αποσφραγίζονται ούτε επηρεάζεται καθ' οιοδήποτε τρόπο η διάρκεια ζωής τους.5. Πρέπει επομένως εν όψει όλων παραπάνω ο λόγος αυτός της προσφυγής να απορριφθεί ως αβάσιμος».

22. Επειδή, περαιτέρω η αναθέτουσα αρχή με τις νομίμως κατατεθειμένες απόψεις της ως προς τον πρώτο λόγο της προσφυγής αναφέρει πως: «I) Στη διακήρυξη μετά τη γενική περιγραφή του είδους («Το kit περιέχει ενσωματωμένα σε κασέτα ανεξάρτητη για κάθε δείγμα (monotest) όλα τα απαραίτητα αντιδραστήρια για την monotest) όλα τα απαραίτητα αντιδραστήρια για την

αυτόματη εκχύλιση (monotest) όλα τα απαραίτητα αντιδραστήρια για τηνextraction) και τον προσδιορισμό με PCR 24 συνολικά δειγμάτων (monotest) όλα τα απαραίτητα αντιδραστήρια για την24 κασέτες») αναφέρονται αναλυτικά οι τεχνικές προδιαγραφές α) της συσκευής (1-16) και β) του kit ανίχνευσης ιού SARS-COV-2 (1-11). Στις τεχνικές προδιαγραφές του kit προσδιορίζονται

αναλυτικά όλα τα απαραίτητα χαρακτηριστικά των αντιδραστηρίων και της συσκευασίας τους (μορφή μονοτέστ σε κασέτες έτοιμες προς χρήση, ανίχνευση γονιδιακών θέσεων N, S κλπ), δηλαδή οι απαραίτατοι όροι. Πουθενά όμως δεν επαναλαμβάνεται ή αναφέρεται ο αριθμός των αντιδραστηρίων και έτσι γίνεται ξεκάθαρο πως δεν αποτελεί απαραίτατο όρο ή ουσιώδη προδιαγραφή (όπως τα υπόλοιπα αναφερόμενα) παρά μόνο μία ενδεικτική περιγραφή της ποσότητας της συσκευασίας. Τεχνικά άλλωστε, εφόσον τα αντιδραστήρια πρέπει να βρίσκονται

σε μορφή μονοτέστ, σε κασέτες έτοιμες προς χρήση, όπου θα πραγματοποιείται η απομόνωση / εκχύλιση και η ενίσχυση των νουκλεϊκών οξέων (τεχνική προδιαγραφή 1), ο αριθμός των αντιδραστηρίων της κάθε συσκευασίας δεν έχει σημασία και δεν επηρεάζει σε καμία περίπτωση την διαδικασία της εξέτασης, ούτε το τελικό αποτέλεσμα αφού πρόκειται για αντιδραστήρια σε μορφή μονοκασετών (για κάθε ένα εξεταζόμενο δείγμα χρησιμοποιείται μόνο μία μονοκασέτα και τα υπόλοιπα υλικά δεν αποσφραγίζονται ούτε επηρεάζεται η διάρκεια ζωής τους). Ακόμη, η συσκευασία που προσφέρει η εταιρεία ...

περιλαμβάνει 20 τεστ, αριθμό μικρότερο από αυτόν που αναφέρεται παραπάνω (24 τεστ/συσκευασία), με αποτέλεσμα να μην δημιουργούνται προβλήματα που αφορούν την ημερομηνία λήξης των ζητούμενων προϊόντων. Επίσης, ο αριθμός των ζητούμενων εξετάσεων ανέρχεται στις 1.560 αριθμός που διαιρείται ακριβώς με το 20 (20 tests/συσκευασία, $1560 / 20 = 78$ συσκευασίες) χωρίς να δημιουργείται σύγχυση. Ως εκ τούτου ο ισχυρισμός της εταιρείας ... ότι η προσφορά της εταιρείας ... (A/A προσφοράς συστήματος 268127) για την προμήθεια διαγνωστικού kit ταχείας μοριακής ανίχνευσης με τη μέθοδο της PCR για SARS COV-2 με συνοδό εξοπλισμό είναι απαραίτητη επειδή περιέχει 20 και όχι 24 κασέτες, όπως περιγράφεται στη διακήρυξη, κρίνεται αβάσιμος».

23. Επειδή, από τα στοιχεία του φακέλου, ως προς τον πρώτο λόγο της προσφυγής προκύπτουν τα εξής: Από την επισκόπηση της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας προκύπτει πως η παρεμβαίνουσα προσέφερε το διαγνωστικό kit του κινέζικου οίκου «...» με κωδικό εργοστασίου και σε συσκευασία των 20 tests (βλ. ψηφιακό αρχείο «... Ηλεκτρονικός 17-02-2022

(...) *ΤΕΧΝΙΚΗ signed.pdf*», σελ. 1). Η οικεία Διακήρυξη στο «*ΜΕΡΟΣ Β-ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ-ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ*» όριζε πως: «*Το κιτ περιέχει ενσωματωμένα σε κασέτα ανεξάρτητη για κάθε δείγμα (monotest) όλα τα απαραίτητα αντιδραστήρια για την αυτόματη εκχύλιση (extraction) για τον προσδιορισμό με PCR 24 συνολικά δειγμάτων (24 κασέτες)...*». Επειδή από τη διατύπωση του συνάγεται πως ο επίμαχος όρος ήταν απαράβατος καθώς εάν είχε τεθεί προαιρετικά ή ενδεικτικά έπρεπε να οριζόταν ρητά ότι ήταν προαιρετικός, καθώς οι όροι των τεχνικών προδιαγραφών είναι απαράβατοι και η απόκλιση των προσφορών από αυτές συνεπάγεται τον αποκλεισμό τους, εκτός εάν ορισμένες προδιαγραφές είναι σύμφωνα με τη διακήρυξη προαιρετικές. Άλλωστε, όπου η πλήρωση των όρων της επισημαίνεται ως απαίτηση, καθίσταται σαφές ότι οι τεχνικές απαιτήσεις συνιστούν απαράβατους όρους της διακήρυξης. (βλ. απόφαση ΔΕΕ της 5ης Δεκεμβρίου 2013, C-561/12 Nordecon AS, Ramboll Eesti AS κατά Rahandusministeerium). Εξάλλου, σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «με ποινή αποκλεισμού...», «με ποινή απαραδέκτου....», «οι συμμετέχοντες πρέπει...» ή άλλους παρόμοιους, είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της (βλ. Γνμδ ΝΣΚ 70/2002). Συνεπώς, ενόψει των εκτεθέντων στην παρούσα σκέψη και στις σκέψεις 12 έως και 18 πρέπει να γίνουν δεκτοί οι οικείοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας πως η προσφορά της παρεμβαίνουσας έπρεπε, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας που διέπει τους εν λόγω διαγωνισμούς, να απορριφθεί. Άρα απορριπτέοι είναι οι περί αντιθέτου ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας και της αναθέτουσας. Κατ' ακολουθίαν, ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

24. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω, η εξέταση των υπόλοιπων λόγων της προσφυγής παρέλκουν ως αλυσιτελείς δοθέντος ότι η ως άνω πλημμέλεια της προσφοράς της παρεμβαίνουσας παρέχει αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την απόρριψη της προσφοράς της και την ακύρωση της

προσβαλλόμενης (πρβλ. Ε.Α. ΣΤΕ 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007. Βλ. και ΑΕΠΠ 1374/2019. 782/2020).

25. Επειδή σύμφωνα με τα ανωτέρω και κατά τη σαφή διατύπωση των όρων της διακήρυξης ενόψει και της αρχής της τυπικότητας που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς, η οποία σκοπό έχει να εξασφαλίσει την τήρηση των αρχών του ανταγωνισμού, της διαφάνειας και του ίσου μέτρου κρίσης(ΣΤΕ 194/2011), η προσφορά του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και με διακριτικό τίτλο «...» έπρεπε να απορριφθεί και να αποκλειστεί από την περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία.

26. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και αντιθέτως η κρινόμενη παρέμβαση πρέπει να απορριφθεί.

27. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέβαλε η προσφεύγουσα, κατά τις διατάξεις του άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει τις υπ' αριθμ. 169 & 214/2022 αποφάσεις του Δ.Σ του ... κατά το σκέλος που έγινε δεκτή, η προσφορά του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και με διακριτικό τίτλο «...» και αναδείχθηκε αυτός προσωρινός ανάδοχος.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 29 Απριλίου 2022 και εκδόθηκε στις 19 Μαΐου 2022 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

ΤΟ ΜΕΛΟΣ

ΒΥΡΡΑ ΜΑΡΙΑ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΚΩΣΤΗ