

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της την 6^η Αυγούστου 2018 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αποκάρδου Πρόεδρος, Ιωάννα Θεμελή – Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας που ενσωματώνεται στην από 27.07.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 715/27.07.2018 της εταιρείας με την επωνυμία «...», με έδρα στην..., οδός ... αριθ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ΓΕΝΙΚΟΥ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟΥ ΑΙΤΩΛΟΑΚΑΡΝΑΝΙΑΣ που εδρεύει στο Αγρίνιο, 3^ο χλμ. ΕΟ Αγρίνιου - Αντιρρίου, και εκπροσωπείται νόμιμα (η αναθέτουσα αρχή), και κατά

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» (καλούμενη εφεξής η...), που εδρεύει στην..., ... αριθ..., και εκπροσωπείται νόμιμα, και κατά

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» (καλούμενη εφεξής η...), που εδρεύει στο ..., οδός ... αριθ. ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητά να: α) να ακυρωθεί η Απόφαση του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής, με αριθ. 16/10-07-2018 με Θέμα : Έγκριση Πρακτικού δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικής προσφοράς ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την προμήθεια αντιδραστηρίων εργαστηρίου και αναλώσιμων με ή χωρίς συνοδό εξοπλισμό (αντιδραστήρια Μικροβιολογικού τμήματος) Αρ. Διακ. 17537/2017, β) Να ακυρωθεί κάθε άλλη συναφής, προγενέστερη ή μεταγενέστερη, πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής, γ) Να κριθεί ότι η τεχνική προσφορά της εταιρείας «...» δεν είναι σύμφωνη με τη Διακήρυξη και ότι πρέπει να αποκλειστεί από την περαιτέρω διενέργεια του διαγωνισμού, δ) Να ανασταλεί η εκτέλεση της προσβαλλομένης πράξης μέχρι την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής ειδικότερα ως προς το μέρος κατά το οποίο κρίθηκε τεχνικά αποδεκτή η προφορά της εταιρείας «...», ε) Να ανασταλεί η περαιτέρω διενέργεια του διαγωνισμού και πάντως να διαταχθούν τα κατάλληλα μέτρα μέχρι την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής και έως την έκδοση αποφάσεως επί αυτής

Με την παρέμβαση η πρώτη παρεμβαίνουσα ... αιτείται την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης ως προς την απόρριψη της προσφοράς αυτής.

Αριθμός απόφασης: Α352/2018

Με την παρέμβαση η δεύτερη παρεμβαίνουσα ... αιτείται την απόρριψη της προσφυγής και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης κατά το μέρος της που κάνει δεκτή την προσφορά της και απορρίπτει την προσφορά της προσφεύγουσας.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ιωάννα Θεμελή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ύψους 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 226362277958 0924 0072, αποδεικτικό πληρωμής του στην ΕΤΕ την 26-7-2018 και εκτύπωση από την επίσημη ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ σχετικά με το εν λόγω παράβολο με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»). Ειδικότερα, η προσφυγή αφορά στην προμήθεια των ειδών του Τμήματος 14 και του είδους με αριθ. 241 του Τμήματος 15 του διαγωνισμού, προϋπολογιζόμενης δαπάνης του μεν Τμήματος 14 ποσού 28.584 ευρώ χωρίς ΦΠΑ και του δε είδους με αριθ. 241 του Τμήματος 15 ποσού 241,94 ευρώ χωρίς ΦΠΑ, και των αντιστοίχων ισόποσων προϋπολογιζόμενων ποσών δικαιώματος προαίρεσης, και εν συνόλω σε προμήθεια ειδών προϋπολογιζόμενης δαπάνης 57.651,88 ευρώ χωρίς ΦΠΑ, συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης, και συνεπώς έχει καταβληθεί το κατά νόμο ελάχιστο ποσό παραβόλου.

2. Επειδή με την με αριθμ. 17357/2017 διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής, προκηρύχθηκε Ηλεκτρονικός Δημόσιος Ανοιχτός Διαγωνισμός άνω των ορίων για την «προμήθεια αντιδραστηρίων εργαστηρίου και αναλωσίμων με και χωρίς συνοδό εξοπλισμό (Αντιδραστήρια Μικροβιολογικού τμήματος) για το Γενικό Νοσοκομείο Αιτωλοακαρνανίας (Νοσηλευτικές μονάδες Αγρινίου και Μεσολογγίου) με κριτήριο κατακύρωσης τη συμφερότερη από οικονομικής άποψης προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής», συνολικού προϋπολογισμού εξακοσίων εξήντα πέντε χιλιάδων είκοσι εννέα ευρώ και τριάντα ενός λεπτών (665.029,31 €) χωρίς Φ.Π.Α., «συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος τυχόν άσκησης ετήσιας παράτασης (προαίρεση), (332.514,65€ Π/Υ ενός έτους + 332.514,65€ η ετήσια παράταση).» Ο διαγωνισμός αφορά σε 15 διακριτά Τμήματα ειδών, με δικαίωμα των διαγωνιζόμενων να υποβάλλουν προσφορά για ένα ή περισσότερα Τμήματα, με υποχρέωση των διαγωνιζόμενων για μεν το Τμήμα 14 να υποβάλουν προσφορά για όλα τα είδη του τμήματος και για δε το Τμήμα 15 με δικαίωμα των διαγωνιζόμενων να υποβάλουν προσφορά είτε για το σύνολο των ειδών, είτε για περισσότερα είδη, είτε για κάθε είδος ξεχωριστά. Ειδικότερα, σύμφωνα με τον όρο 1.5 της διακήρυξης «1.5 Προθεσμία

Αριθμός απόφασης: Α352/2018

παραλαβής προσφορών και διενέργεια διαγωνισμού» (σελ. 5) : «...Γίνονται δεκτές προσφορές για το σύνολο των ειδών/εξετάσεων του κάθε αναλυτή/τμήματος ή για το σύνολο των ειδών/εξετάσεων περισσότερων αναλυτών/τμημάτων και διατηρείται το δικαίωμα/είναι δυνατή η ανάθεση της σύμβασης για έναν ή για όλους τους αναλυτές/τμήματα ή οποιονδήποτε συνδυασμό αναλυτών/τμημάτων. (Ν. 4412/16, άρθρο 59). Επιπλέον, διευκρινίζεται ότι είναι δυνατή η υποβολή προσφοράς για ένα, περισσότερα ή όλα τα τμήματα εντός του ιδίου συστημικού διαγωνισμού. Επισημαίνεται ότι για τα τμήματα 1-4, 8-10, και 14, δεν επιτρέπεται η υποβολή προσφορών για μέρος των ειδών (εξετάσεων του αναλυτή) ή για μέρος των ποσοτήτων τους, αλλά για το σύνολο των ειδών (εξετάσεων του αναλυτή) και των ποσοτήτων τους για κάθε αναλυτή/τμήμαΓια τα τμήματα 5,11,12,13 και 15 χωρίς συνοδό εξοπλισμό θα γίνονται δεκτές προσφορές είτε για το σύνολο των ειδών/εξετάσεων κάθε τμήματος, είτε για περισσότερα είδη/εξετάσεις κάθε τμήματος, είτε για κάθε είδος/εξέταση κάθε τμήματος ξεχωριστά, για το σύνολο, της ποσότητας εκάστου είδους/εξέτασης και όχι για μέρος αυτής.»

3. Επειδή η ως άνω διακήρυξη απεστάλη στις 21-12-2017 για δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, όπου έλαβε τον αριθμ. 2017/S 247-517785 και αναρτήθηκε αυθημερόν στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) με Α.Δ.Α.Μ. 17PROC002468275 καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ όπου το μεν Τμήμα 14 του διαγωνισμού έλαβε το συστημικό αριθμό 51055 και το Τμήμα 15 τον αριθμό 44658.

4. Επειδή ο διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης, και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016.

5. Επειδή η προσφυγή έχει ασκηθεί νόμιμα και εμπρόθεσμα την 27-7-2018, με κατάθεση μέσω της «επικοινωνίας» των ηλεκτρονικών τόπων των δύο επίμαχων Τμημάτων 14 και 15 του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα την 17-7-2018 μέσω της «επικοινωνίας» των ηλεκτρονικών τόπων του διαγωνισμού, ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017, και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή αυθημερόν την 27-7-2018 η αναθέτουσα αρχή, προέβη στην προβλεπόμενη στο άρθρο 9 παρ. 1 α κοινοποίηση του ΠΔ 39/2017 της υπό εξέταση

Αριθμός απόφασης: Α352/2018

προσφυγής στους λοιπούς διαγωνιζόμενους οικονομικούς φορείς μεταξύ των οποίων και οι δύο παρεμβαίνουσες, μέσω της «επικοινωνίας» των ηλεκτρονικών τόπων του διαγωνισμού.

7. Επειδή υπέρ της διατήρησης της προσβαλλόμενης απόφασης εμπρόθεσμα, με έννομο συμφέρον, ασκήθηκε την 2-8-2018 η με αριθ. ΠΑΡ 407/2018 παρέμβαση της πρώτης παρεμβαίνουσας ..., με τον νόμιμο προβλεπόμενο κατ' άρθ. 362 ν. 4412/2016 και άρθ. 7 ΠΔ 39/2017 τρόπο της κατάθεσης στην «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του Τμήματος 14 του διαγωνισμού, και κοινοποίηση στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου. Η παρεμβαίνουσα με προφανές έννομο συμφέρον ζητά τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης με την οποία αποφασίσθηκε ο αποκλεισμός της προσφεύγουσας από την συνέχιση του Τμήματος 14 του διαγωνισμού, καθόσον αφ' ενός μεν η προσφορά της παρεμβαίνουσας έχει κριθεί αποδεκτή, και αφ' ετέρου η ίδια επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος του αποκλεισμού της προσφεύγουσας προβάλλοντας ισχυρισμούς περί παράνομης συμμετοχής της στον διαγωνισμό.

8. Επειδή υπέρ της διατήρησης της προσβαλλόμενης απόφασης εμπρόθεσμα, με προφανές έννομο συμφέρον καθόσον η προσφυγή στρέφεται κατά της αποδοχής της προσφοράς της για την προμήθεια των ειδών του Τμήματος 14 του διαγωνισμού, ασκήθηκε την 3-8-2018 η με αριθ. ΠΑΡ 413/2018 παρέμβαση της παρεμβαίνουσας ..., με τον νόμιμο προβλεπόμενο κατ' άρθ. 362 ν. 4412/2016 και άρθ. 7 ΠΔ 39/2017 τρόπο της κατάθεσης στην «Επικοινωνία» του οικείου ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, και κοινοποίηση στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου. Η παρέμβαση ασκήθηκε χωρίς τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που προβλέπεται στο 1, 2 και 3 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 σε συνδ. με το άρθ. 8 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017.

9. Επειδή την 3-8-2018 η αναθέτουσα αρχή με ηλεκτρονικό μήνυμα απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις με αριθ. Πρωτ. 11674/3-8-2018 απόψεις της επί της προσφυγής, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθ. 365 παρ. 1 υποπαρ. β του Ν. 4412/2016 και 9 παρ. 2 περ. β του ΠΔ 39/2017.

10. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή με το υπό εξέταση αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων και ίδια αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης απόφασης, νομίμως εισάγεται ενώπιον του 1ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346, παρ. 1, 360, και 366 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 παρ. 1, και 15 του ΠΔ 39/2017.

11. Επειδή στον διαγωνισμό και ειδικά για το επίμαχο Τμήμα 14 της προμήθειας συμμετείχαν –μεταξύ άλλων και- η προσφεύγουσα και οι δύο παρεμβαίνουσες με τις προσφορές τους υπ' αριθ. 88500 και 85984 και 87995 η πρώτη και δεύτερη

Αριθμός απόφασης: Α352/2018

παρεμβαίνουσα αντίστοιχα, για δε το επίμαχο Τμήμα 15, η προσφεύγουσα με την με αριθ. 88501 προσφορά της καθώς και έτερη εταιρεία.

12. Επειδή την 26-6-2018 η Επιτροπή Αξιολόγησης του Διαγωνισμού εξέδωσε πρακτικό σύμφωνα με το οποίο αφού προέβη στην εξέταση των δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών έκρινε για το Τμήμα 14 της προμήθειας ότι οι προσφορές των παρεμβαινουσών καλύπτουν τις προδιαγραφές και είναι αποδεκτές, ενώ η προσφορά της προσφεύγουσας δεν καλύπτει τις προδιαγραφές και δεν γίνεται αποδεκτή επειδή «...Συγκεκριμένα: Δεν καλύπτει την προδιαγραφή 6: «Το σύστημα να είναι σύγχρονης τεχνολογίας και τα δείγματα να εξετάζονται αυτούσια χωρίς να απαιτείται αραίωση ή συμπύκνωση». Στο συγκεκριμένο αναλυτή : Σύμφωνα με την τεχνική προδιαγραφή του αναλυτή ... δεν εξετάζει τα δείγματα αυτούσια, αλλά καθότι βασίζεται στην κυτταρομετρία ροής, τα αραιώνει στο αντιδραστήρα Sheath fluid liquid προκειμένου να τα περάσει στο κυτταρόμετρο. Άρα η προδιαγραφή δεν καλύπτεται. **Δεν καλύπτει την προδιαγραφή 13:** « Να χρησιμοποιεί την τεχνολογία ψηφιακής ανάλυσης εικόνας αυτόματης αναγνώρισης σωματιδίων, και ο χρήστης να έχει τη δυνατότητα πλήρους εικόνας του οπτικού πεδίου, και όχι μόνο μεμονωμένων εικόνων των σωματιδίων». Παραπέμπει στην εικόνα Big Picture του ... στην οποία αναπαρίσταται όχι πλήρη εικόνα οπτικού πεδίου, αλλά το σύνολο των διαφορετικών ειδών σωματιδίων που ανιχνεύτηκαν ένα προς ένα. Άλλωστε, βάσει της τεχνολογίας κυτταρομετρίας ροής που εφαρμόζει ο αναλυτής, δεν παίρνει φωτογραφίες πλήρων οπτικών πεδίων (view fields) αλλά τμημάτων αραιωμένου στο Sheath δείγματος. Επομένως δεν καλύπτεται η δυνατότητα πλήρους εικόνας οπτικού πεδίου με την κλασική έννοια της μικροσκόπησης. Άρα η προδιαγραφή δεν καλύπτεται». Εν συνεχεία, για το Τμήμα 15 της προμήθειας η Επιτροπή έκρινε ότι η προσφορά της προσφεύγουσας για το είδος με αριθ. 241 δεν καλύπτει τις προδιαγραφές και δεν γίνεται αποδεκτή, επειδή για το «Ετήσιο πρόγραμμα Εξωτερικού ελέγχου ποιότητας : --- γενικής ούρων και μικροσκοπικής. Βάσει της προδιαγραφής Δ.1.2 : « Σε εναρμόνιση με την εγκύκλιο Αρ. Πρωτ. 919,16/2/2016, ο ανάδοχος των πρότυπων ορών/μικροβιολογικών στελεχών, θα πρέπει να είναι ανεξάρτητος από τον κατασκευαστή των μηχανημάτων και των αντιδραστηρίων, για την αξιοπιστία και αντικειμενικότητα του ελέγχου ποιότητας», η εταιρία που προσφέρει αναλυτή ούρων δεν μπορεί ταυτόχρονα να προσφέρει και έλεγχο ποιότητας γενικής ούρων και μικροσκοπικής. Η προσφορά δεν γίνεται αποδεκτή....»

13. Επειδή με την ήδη προσβαλλόμενη πράξη με αριθ. 16 της 10-7-2018 Θέμα 5^ο το Διοικητικό Συμβούλιο της αναθέτουσας αρχής ενέκρινε το παραπάνω από 26-6-2018

Αριθμός απόφασης: Α352/2018

πρακτικό αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών της Επιτροπής Αξιολόγησης του Διαγωνισμού.

14. Επειδή με τον 1^ο λόγο της προσφυγής η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι δεν έπρεπε να απορριφθεί η προσφορά της σε σχέση με το είδος με αριθ. 241 του Τμήματος 15 του διαγωνισμού επειδή «...Η επιτροπή αξιολόγησης μας απορρίπτει στο ετήσιο πρόγραμμα εξωτερικού ελέγχου ποιότητας και συγκεκριμένα για το πρόγραμμα γενικής ούρων και μικροσκοπικής με την αιτιολογία ότι: Σε εναρμόνιση με την υπ' αρ. πρωτ. εγκύκλιο 919.16/2/2016 ο ανάδοχος των πρότυπων ορών/μικροβιολογικών στελεχών θα πρέπει να είναι ανεξάρτητος από τον κατασκευαστή των μηχανημάτων και των αντιδραστηρίων για την αξιοπιστία και αντικειμενικότητα του ελέγχου ποιότητας. Σύμφωνα με την ως άνω εγκύκλιο, την οποία η αναθέτουσα αρχή ακολούθησε πιστά δεν προκύπτει υποχρέωση των προμηθευτών να προσφέρουν και εντεύθεν των δημοσίων φορέων υγείας να ζητούν στην προσφερόμενη τιμή μονάδας να συμπεριλαμβάνεται ο εσωτερικός και εξωτερικός ποιοτικός έλεγχος των εξετάσεων από διαγωνιστικά εργαστήρια βιολογικών υλικών. Ο έλεγχος αυτός επιβάλλεται για τις εξετάσεις των διαγωνιστικών εργαστηρίων βιολογικών υλικών από τις διατάξεις της παραγράφου 10 του άρθρου 13 του ν. 2071/1992 (ΦΕΚ Α' 123), όπως ο νόμος αυτός ισχύει σήμερα. Επικαλούμενη μάλιστα το δημόσιο συμφέρον, την αρχή της χρηστής διοίκησης και τα διδάγματα της λογικής και της κοινής πείρας γίνεται αποδεκτό από την αναθέτουσα αρχή ότι δεν πρέπει να υπάρχει σύμπτωση στο πρόσωπο του ελεγκτή και του ελεγχόμενου προπάντων όταν αντικείμενο του ελέγχου είναι προϊόντα και υπηρεσίες υγείας. Επομένως και για τους ανώτερους λόγους, συστάθηκε προς όλους τους δημόσιους φορείς υγείας όταν προμηθεύονται, από κοινού ή χωριστά, κάθε είδους αντιδραστήρια, μηχανήματα και υπηρεσίες για την εξέταση βιολογικών υλικών να προμηθεύονται τα προϊόντα και τις υπηρεσίες του εσωτερικού και εξωτερικού ποιοτικού ελέγχου αυτών των αντιδραστηρίων, μηχανημάτων και υπηρεσιών από ανεξάρτητο προμηθευτή και κατασκευαστή, ούτως ώστε στο πρόσωπο του ελεγκτή αυτών των αντιδραστηρίων, μηχανημάτων και υπηρεσιών να μην συμπίπτει η ιδιότητα του προμηθευτή ή/και του κατασκευαστή αυτών.» Η εταιρεία μας προσφέρει το πρόγραμμα Εξωτερικού Ελέγχου Ποιότητας από το οργανισμό....., η οποία είναι εντελώς ανεξάρτητος από την εταιρεία..., προέλευσης, και είναι η κατασκευάστρια εταιρεία του αναλυτή ούρων και μικροσκόπησης που προσφέρουμε. Όπως εσφαλμένως η επιτροπή, ερμηνεύοντας την εγκύκλιο κατά τρόπο λανθασμένο, θεωρεί ότι μία εμπορική εταιρεία, όπως είναι εν προκειμένω η εταιρεία μας, δεν δύναται να προσφέρει δύο διαφορετικά εντελώς προϊόντα. Κατ' ορθή ερμηνεία της ως άνω εγκύκλιου η ανάδοχος κατασκευάστρια εταιρεία του εξωτερικού ελέγχου ποιότητας πρέπει να είναι

Αριθμός απόφασης: A352/2018

και η κατασκευάστρια εταιρεία του αναλυτή που πραγματοποιεί τον έλεγχο κάτι το οποίο και δεν συμβαίνει στην συγκεκριμένη προσφορά μας. Σε κάθε δε περίπτωση οι εγκύκλιοι διαταγές, οι οποίες εκδίδονται από προϊστάμενες διοικητικές αρχές, οι οποίες ασκούν είτε τον ιεραρχικό έλεγχο είτε τη διοικητική εποπτεία, απευθύνονται στις υφιστάμενες αρχές ή σε εποπτευόμενα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου, τα οποία πρόκειται να εκδώσουν την εκτελεστή πράξη και **παρέχουν οδηγίες ή έκφραση αντιλήψεων σχετικά με την ορθή ερμηνεία νεοπαγούς εφαρμοστέου νόμου** ή κανονιστικής απόφασης ή την εφαρμογή τους σ' ένα ορισμένο θέμα έχουν δε ως σκοπό την ομοιόμορφη ερμηνεία κι εφαρμογή των νόμων και συνεπώς τον περιορισμό ανασφαλειών, που συνδέονται με τη νομική ερμηνεία. Συνεπώς καμία δεσμευτική ισχύ δεν μπορεί να παράγει η ως άνω εγκύκλιος για την αναθέτουσα αρχή παρά μόνο ισχύει ως οδηγία η οποία θα πρέπει σε κάθε περίπτωση να ερμηνευθεί κατά τον ορθό τρόπο ώστε να εφαρμόζεται η νομοθεσία ορθά υπέρ του διοικουμένου και κατά τρόπο που να μην θίγονται οι διατάξεις της χρηστής διοίκησης και του δημοσίου συμφέροντος. Επιπρόσθετα η είναι οργανισμός που παρέχει αποκλειστικά συστήματα Εξωτερικού Ελέγχου Ποιότητας και είναι Διαπιστευμένος κατά το **EN ISO/ IEC 17043:2010** από το Φορέα Διαπίστευσης. Το πρότυπο αυτό όχι μόνο εξασφαλίζει κορυφαίας ποιότητας προγράμματα αλλά πρωτίστους εξασφαλίζει την Αντικειμενικότητα και Αμεροληψία των προγραμμάτων. Οι έλεγχοι στο προς εξέταση εργαστήριο διεξάγονται απευθείας και αποκλειστικά, μόνο από Διαπιστευμένα Εργαστήρια στη, ως επί τω πλείστον Πανεπιστημιακά, και απαγορεύεται ρητώς οποιαδήποτε ανάμιξη τρίτου στα αποτελέσματα, τα οποία εισάγονται ηλεκτρονικά στο σύστημα με τους κωδικούς του εργαστηρίου. Χρειάζεται μόνο να γίνει η παράδοση και η τιμολόγηση του υλικού, την οποία εκτελεί ο εκάστοτε αντιπρόσωπος. Κατά συνέπεια η παράδοση και η τιμολόγηση γίνεται από την εταιρεία μας ως μοναδική εκ μέρους μας ενέργεια και η ευθύνη μας εξαντλείται εκεί. Για τους ανωτέρω λόγους θεωρούμε ότι αδίκως απορριφθήκαμε ως προς το συγκεκριμένο είδος και δια το λόγο αυτό αιτούμεθα επαναξιολογήσεως με σκοπό την παραμονή μας στο διαγωνισμό για το είδος αυτό.» Εν συνεχεία με τον 2^ο λόγο της προσφυγής που αφορά στο Τμήμα 14 του διαγωνισμού, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι «Η επιτροπή αξιολόγησης μας απορρίπτει στο είδος που αφορά το αυτόματο σύστημα ανάλυσης ούρων γιατί δεν καλύπτουμε κατά την κρίση της δύο προδιαγραφές. Η προδιαγραφή 6 ζητά: Το σύστημα να είναι σύγχρονης τεχνολογίας και τα δείγματα να εξετάζονται αυτούσια χωρίς να απαιτείται αραίωση ή συμπύκνωση. Η προδιαγραφή αυτή ζητά να μπαίνουν στο μηχάνημα αυτούσια τα ούρα προς εξέταση και αυτό γίνεται δηλαδή δεν προηγείται καμία αραίωση ή συμπύκνωση αυτών, κατά την διαδικασία μέτρησης χρησιμοποιείται το

Αριθμός απόφασης: A352/2018

sheath fluid liquid μόνο για να απλωθούν τα κύτταρα και όχι για να αραιωθούν ή να συμπυκνωθούν και έτσι να φωτογραφηθούν καλύτερα κατά την διέλευση από το κυτταρόμετρο..... Όπως ξεκάθαρα αναφέρεται στο operation manual to sheathείναι «Τεχνική ροής περιβλήματος: Το sheath (περίβλημα) είναι το ισοοσμικό περιβάλλον το οποίο είναι σταθερό χωρίς σωματίδια, έχει την λειτουργία του ρυθμιστικού περιβάλλοντος, μπορεί να εμποδίσει την ανάπτυξη βακτηριδίων στα ούρα για να εξασφαλίσει το ορατό συστατικό στα ούρα πάντα στο επίκεντρο του φακού μικροσκοπίου. Υιοθετώντας την τεχνική κυτταρομετρία επίπεδης ροής εξασφαλίζει την ορατότητα κάθε στοιχείου που διέρχεται από το φακό μικροσκοπίου και κάμερα CCD με τη μορφή στρώματος μεμονωμένων κυψελών ώστε να αποφεύγεται η επικάλυψη των κυττάρων. Επιπλέον ο operation manual αναφέρει ότι«Ο αναλυτής ιζήματος ούρων ... υιοθετεί το Σύστημα Απεικόνισης Μικροσκοπίας. Με τα δύο στρώματα του εξωτερικού περιβλήματος, (sheath) το δείγμα εισέρχεται στο σύστημα μετά την αναρρόφηση του δείγματος. Το σύστημα μηχανικής ροής του αναλυτή αποτελείται από ειδικά σχεδιασμένη πλάκα λεπτού στρώματος. Ο εγχυτήρας σπρώχνει το περίβλημα (sheath) εντός της κυψελίδας ροής η οποία αποτελείται από πλάκα λεπτού στρώματος. Υπό την επίδραση διπλού στρώματος περιβλήματος (sheath) το δείγμα ούρων εισέρχεται στη ροή των κυττάρων με τη μορφή μονής κυτταρικής σιβάδας. **Με τον τρόπο αυτό αποφεύγουμε τις επικαλύψεις των κυττάρων κάτι σύνηθες στην τεχνική που έχει προταθεί από την επιτροπή και χρησιμοποιεί κυβέτες.** Συνεπώς το Sheath δεν συμπυκνώνει ούτε αραιώνει τα ούρα και γι' αυτό και δεν μπορεί να αποτελέσει αυτό λόγο απόρριψης της προσφοράς μας. Επίσης μας απορρίπτει η επιτροπή γιατί δεν καλύπτουμε κατά την κρίση της επιτροπής την προδιαγραφή 13 που ζητά : Να χρησιμοποιεί την τεχνολογία ψηφιακής ανάλυσης εικόνας αυτόματης αναγνώρισης σωματιδίων και ο χρήστης να έχει την δυνατότητα πλήρους εικόνας του οπτικού πεδίου και όχι μόνο μεμονωμένων εικόνων των σωματιδίων. Ο αναλυτής ... που προσφέρουμε χρησιμοποιεί την τεχνολογία ψηφιακής ανάλυσης εικόνας αυτόματης αναγνώρισης σωματιδίων και ο χρήστης μπορεί να λάβει μία εικόνα την Big picture η οποία δεν είναι το σύνολο των διαφορετικών ειδών σωματιδίων που ανιχνεύτηκαν ένα προς ένα **αλλά μια πλήρη εικόνα οπτικού πεδίου που βγάζει η κάμερα και στην συνέχεια κάνει τον διαχωρισμό ανά είδος κυττάρων βάση του μεγέθους του τύπου και την μορφής του σε συγκεκριμένη κατηγορία. Για αυτό το λόγο και όπως καθορίζεται και σε άλλη προδιαγραφή την προδ 16 της διακήρυξης ο αναλυτής μπορεί να μετρά και κύτταρα ανά οπτικό πεδίο κάτι που δεν θα μπορούσε αν δεν λάμβανε πλήρη εικόνα οπτικού πεδίου. Συνεπώς το ότι πληρούμε την προδιαγραφή 16 αυτόματα αποδεικνύει ότι ο αναλυτής μετρά πλήρη εικόνα οπτικού πεδίου άρα**

Αριθμός απόφασης: Α352/2018

πληρούμε και την προδιαγραφή 13. Επιπλέον θα θέλαμε να σημειώσουμε ότι η μέθοδος που προσφέρουμε είναι μία δοκιμασμένη τεχνική που δουλεύει επί σειρά ετών στο νοσοκομείο του Αγρινίου και είναι ισοδύναμη τεχνική σε ακρίβεια και αξιοπιστία με την ζητούμενη τεχνική. Σαν τέτοια τεχνική θα πρέπει να γίνει αποδεκτή η προσφορά μας και δεν θα πρέπει να απορρίπτεται. Σύμφωνα με το άρθρο 54 - 4412/2016 παράγραφος 4 . οι τεχνικές προδιαγραφές εκτός αν δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης δεν περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που να χαρακτηρίζει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που παρέχονται από ένα οικονομικό φορέα... Η ιδιαίτερη μέθοδος κατασκευής που ζητείται στην προδιαγραφή 6 και 13 της διακήρυξης παραβαίνει την ουσία του άρθρου 54-4412/2016 και γι' αυτό και δεν πρέπει να αποτελέσουν οι προδιαγραφές αυτές λόγους απόρριψης της προσφοράς μας. Θεωρούμε ότι αδίκως απορριφθήκαμε για τους παραπάνω λόγους και ζητούμε να αξιολογηθούμε ξανά και να συμμετάσχουμε στην συνέχιση του διαγωνισμού για τον σύστημα ανάλυση ούρων.» Με τον λόγο 3^ο της προσφυγής η προσφεύγουσα στρεφόμενη κατά της προσφοράς της δεύτερης παρεμβαίνουσας ισχυρίζεται ότι : «Η επιτροπή αξιολόγησης εσφαλμένα αποδέχτηκε την προσφορά της εταιρείας «...» η οποία δεν πληροί συγκεκριμένη προδιαγραφή της διακήρυξης και συγκεκριμένα την προδιαγραφή: Α) 19 ζητά: «Τα αντιδραστήρια και αναλώσιμα που απαιτούνται για την λειτουργία του συστήματος να είναι έτοιμα προς χρήση». Όπως διαπιστώνουμε από το πίνακα τεχνικής προσφοράς της εταιρείας «...» στο τμήμα 14 υπόδειγμα πίνακα οικονομική προσφοράς αναφέρει ότι «διαθέτει το ...- πλυστικό διάλυμά 4Χ26 ml τοποθετούμε 2ml υγρού σε κάθε αλλαγή πακέτου». Από την παραπάνω περιγραφή και το ένθετο προκύπτει ότι ο χρήστης πρέπει να τοποθετήσει το συγκεκριμένο πρόσθετο σε κάθε αλλαγή πλυστικού αρά δεν είναι έτοιμο προς χρήση το συγκεκριμένο πλυστικό. Η εταιρεία «...» δεν καλύπτει με την προσφορά της τη συγκεκριμένη τεχνική προδιαγραφή και παρά τις πλημμέλειες της προσφοράς της εταιρείας αυτής, κρίθηκε αποδεκτή με την εδώ προσβαλλομένη πράξη της αναθέτουσας αρχής ενώ αντιθέτως θα έπρεπε εξ αρχής να απορριφθεί.»

15. Επειδή η προσφεύγουσα έχει προφανές έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής, στην οποία ενσωματώνει αίτημα αναστολής του διαγωνισμού, καθώς έχει συμμετάσχει στον διαγωνισμό και επομένως εύλογα επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης αλλά μόνον κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά της για τα είδη του Τμήματος 14 και για το είδος με αριθ. 241 του Τμήματος 14 του διαγωνισμού κατά το μέρος που απορρίπτει την προσφορά της.

16. Επειδή, κατ' αρχήν, γίνεται δεκτό ότι διαγωνιζόμενος, ο οποίος νομίμως αποκλείεται από διαγωνισμό λόγω μη υποβολής ενός ή περισσότερων δικαιολογητικών ή λόγω μη συνδρομής προβλεπόμενων, επί ποινή αποκλεισμού, προϋποθέσεων, δεν έχει έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, δοθέντος ότι με τον αποκλεισμό του καθίσταται, ως προς τον διαγωνισμό αυτόν, τρίτος (βλ.ενδεικτικά Ε.Α. ΣτΕ 66/2012, 64/2012, 301/2011, 135/2011, 39,74/2010, 748/2010, 1317/2009, 736/2007, ΣτΕ 715, 2002/2011, 2444, 2451/2009, 2817/2008, 3753/2008, ΣτΕ 995/2013 κ.ά.). Επομένως, η προσφεύγουσα θεμελιώνει έννομο συμφέρον να αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης κατά το μέρος της που αποδέχεται την προσφορά της δεύτερης παρεμβαίνουσας, εφόσον ήθελε προηγουμένως κριθεί ότι παρά τον νόμο αποκλείσθηκε η δική της προσφορά από τον διαγωνισμό.

17. Επειδή, σε συνέχεια του συνόλου των ανωτέρω, και με την επιφύλαξη των σκέψεων 15 και 16, παραδεκτώς ασκήθηκε η προδικαστική προσφυγή, και νομίμως φέρεται προς εξέταση το αίτημα αναστολής ενώπιον του 1ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ.

18. Επειδή η παρ. 1 του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016 ορίζει 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.Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων ...».

19. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016 «
1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις
ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους
προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασηςπεριέχουν ιδίως :ια) τα
τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των
αγαθών....., τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της
ποιότητας....., καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της
σύμβασης,...ιε)τη διαδικασία και τα κριτήρια αξιολόγησης των προσφορών,
κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στα άρθρα 86 και 87ιζ) τους
απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη
της προσφοράς. Ιη) όλους τους γενικούς και ειδικούς όρους για την εκτέλεση
της σύμβασης...κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις,
δικαιολογητικά κλπ.)...».

20. Επειδή σύμφωνα με το άρθ. 54 του ν. 4412/2016 «Οι τεχνικές
προδιαγραφέςπαρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα
απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. Τα
χαρακτηριστικά αυτά μπορεί επίσης να αναφέρονται στη συγκεκριμένη
διαδικασία ή μέθοδο παραγωγής ή παροχής των ζητούμενων έργων, αγαθών
ή υπηρεσιώνυπό την προϋπόθεση ότι συνδέονται με το αντικείμενο της
σύμβασης και είναι ανάλογα με την αξία και τους σκοπούς της.....2. Οι τεχνικές
προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη
διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία
αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον
ανταγωνισμό. 3. Οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται με έναν από τους
κατωτέρω τρόπους: α) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις,
συμπεριλαμβανομένων των περιβαλλοντικών χαρακτηριστικών, υπό την
προϋπόθεση ότι οι παράμετροι είναι επαρκώς προσδιορισμένες ώστε να
επιτρέπουν στους προσφέροντες να προσδιορίζουν το αντικείμενο της
σύμβασης και στις αναθέτουσες αρχές να αναθέτουν τη σύμβαση, 4. Οι
τεχνικές προδιαγραφές, εκτός εάν δικαιολογείται από το αντικείμενο της
σύμβασης, δεν περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή
ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που να χαρακτηρίζει τα προϊόντα ή τις
υπηρεσίες που παρέχονται από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα ούτε
εμπορικού σήματος, διπλώματος ευρεσιτεχνίας, τύπων ή συγκεκριμένης

καταγωγής ή παραγωγής που θα είχε ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή ορισμένα προϊόντα. ... 7. Οι τεχνικές προδιαγραφές καθορίζονται και εγκρίνονται πριν την έναρξη της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης κατά το άρθρο 61. »

21. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 71 παρ. 1 περ. α) του ν. 4412/2016 «Οι συμβάσεις ανατίθενται βάσει των κριτηρίων που καθορίζονται στα άρθρα 86 έως 89 εφόσον η αναθέτουσα αρχή έχει επαληθεύσει, σύμφωνα με τα άρθρα 79 έως και 81, ότι πληρούνται όλες οι κατωτέρω προϋποθέσεις : α) η προσφορά συνάδει με τις απαιτήσεις, τις προϋποθέσεις και τα κριτήρια που προβλέπονται στην προκήρυξη σύμβασης....και στα έγγραφα της σύμβασης...»

22. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 91 του ν. 4412/2016 « 1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση προσφορά : α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και την συμπλήρωσή της, σύμφωνα με το άρθρο 102...»

23. Επειδή στον όρο 2.4 «**Κατάρτιση - Περιεχόμενο Προσφορών**» της Διακήρυξης προβλέπεται ότι: «**2.4.1 Γενικοί όροι υποβολής προσφορών** Οι προσφορές υποβάλλονται με βάση τις απαιτήσεις που ορίζονται στο Παράρτημα I της Διακήρυξης, για το σύνολο της προκηρυχθείσας ποσότητας της προμήθειας ανά είδος. Στους γενικούς όρους υποβολής προσφορών περιλαμβάνονται επίσης τα εξής: α. Οι προσφορές υποβάλλονται με βάση τις απαιτήσεις της παρούσας Διακήρυξης. β. Σε περίπτωση μη υποβολής, ή μη έγκαιρης και προσήκουσας υποβολής ή κατά παρέκκλιση των απαιτήσεων της Διακήρυξης υποβολή δικαιολογητικών του Φακέλου «Δικαιολογητικά συμμετοχής-Τεχνική προσφορά» και του Φακέλου «Οικονομική Προσφορά», η προσφορά απορρίπτεται ως απαράδεκτη....**2.4.3.2 Η τεχνική προσφορά** ψηφιακά υπογεγραμμένη θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις Τεχνικές Προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή στο

Παράρτημα Ι περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται....**2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών** Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών),2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), της παρούσας, β) η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, ...θ) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης.» Περαιτέρω, στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης με τον τίτλο «**Οικονομικό Αντικείμενο της Σύμβασης (Οικονομικοί Πίνακες) & Τεχνικές Προδιαγραφές Ειδών Ποσότητες**» στην ενότητα 2 με τον τίτλο «**ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ ΚΑΙ ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ**» στο κεφάλαιο Γ με τον τίτλο «**Γ. ΕΞΕΤΑΣΕΙΣ ΟΥΡΩΝ ΚΑΙ ΑΛΛΩΝ ΒΙΟΛΟΓΙΚΩΝ ΥΓΡΩΝ**» στην ενότητα Ι με τον τίτλο «**Ι. Προδιαγραφές Πλήρους Αυτόματου Συστήματος Ούρων**», (σελ. 95 και 96) οι προδιαγραφές 6, 13 και 19 περιγράφονται ως εξής «...6. Το σύστημα να είναι σύγχρονης τεχνολογίας και τα δείγματα να εξετάζονται αυτούσια χωρίς να απαιτείται αραίωση ή συμπύκνωση.... 13. Να χρησιμοποιεί την τεχνολογία ψηφιακής ανάλυσης εικόνας αυτόματης αναγνώρισης σωματιδίων, και ο χρήστης να έχει τη δυνατότητα πλήρους εικόνας του οπτικού πεδίου , και όχι μόνο μεμονωμένων εικόνων των σωματιδίων.... 19. Τα αντιδραστήρια και αναλώσιμα που απαιτούνται για τη λειτουργία του συστήματος να είναι έτοιμα προς χρήση....» Και ακολούθως στο κεφάλαιο Δ με τον τίτλο «**Δ. ΕΞΩΤΕΡΙΚΟΣ ΕΛΕΓΧΟΣ ΠΟΙΟΤΗΤΑΣ**» στην ενότητα Ι με τον τίτλο «**Ι. Γενικές προδιαγραφές Εξωτερικού ελέγχου Ποιότητας** », (σελ. 97 και 98) στην προδιαγραφή 2 προβλέπεται ότι «2. Σε εναρμόνιση με την εγκύκλιο Αρ. Πρωτ. 919,16/2/2016, ο ανάδοχος των πρότυπων ορών/μικροβιολογικών στελεχών, θα πρέπει να είναι ανεξάρτητος από τον κατασκευαστή των μηχανημάτων και των αντιδραστηρίων, για την αξιοπιστία και αντικειμενικότητα του ελέγχου ποιότητας.»

24. 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).

25. Επειδή σύμφωνα με τα ανωτέρω, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000) 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 (ΕΑ ΣτΕ 79/ 2009, πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 26/2007 κ.ά.). 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 προσκομιζόμενων 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 Construcrtion 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).

26. Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας προϋποθέτει, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς

αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (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, EU:C:2004:236, 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, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, Μηχανική, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, MT Højgaard και Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, Universale-Bau, C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

27. 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*, σκ. 25 και C-599/10, *SAG ELV Slovenko* κλπ, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL*, σκ. 27)

28. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 366 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι : «1. Η ΑΕΠΠ, μπορεί, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου

αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως, όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση της απόφασής της. 2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μην χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης παραγράφου αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δεν θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

29. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: «Δίδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας». Επομένως, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των – κατ'ελάχιστον - αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.»

30. Επειδή, προϋπόθεση της παροχής προσωρινών μέτρων υπέρ του αιτούντος είναι α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του- και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη – ως και προδήλως απαράδεκτη – προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των

εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη (άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 και 366 του Ν. 4412/2017).

31. Επειδή, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων και των όρων της διακήρυξης που συνετελέσθη με την προσβαλλόμενη, δεν παρίστανται ως προδήλως αβάσιμοι, πλην για την οριστική κρίση περί της βασιμότητας αυτών απαιτείται ενδελεχής έρευνα που δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015), αλλά απαιτείται η λεπτομερής επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού, των προβαλλόμενων ισχυρισμών αλλά και των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και την σχετική νομολογία, καθώς και ενδεχομένως περαιτέρω αναζήτηση διευκρινήσεων ή/και εγγράφων, προκειμένου το παρόν Κλιμάκιο να αχθεί σε σχετική οριστική κρίση.

32. Επειδή η ζημία των εμπλεκόμενων στον διαγωνισμό μερών, σε περίπτωση που δεν ανασταλεί η διαδικασία του διαγωνισμού, και ίδια σε περίπτωση που γίνει η αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών είναι πρόδηλη, δεδομένου ότι η συνέχιση του διαγωνισμού, σε περίπτωση που κριθεί βάσιμη εν όλω ή εν μέρει η προσφυγή θα οδηγήσει σε περαιτέρω επιπλοκές, αμφισβητήσεις και χρονοτριβή που μπορούν να αποφευχθούν με την αναστολή της διαδικασίας.

33. Επειδή η αναθέτουσα αρχή δεν έχει επικαλεσθεί λόγους υπέρτερου δημόσιου συμφέροντος που να καθιστούν τις πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων περισσότερες από τα οφέλη.

34. Επειδή εν προκειμένω α) η υπό εξέταση προσφυγή δεν είναι προδήλως απαράδεκτη, β) πιθανολογείται η πρόκληση ενδεχόμενης βλάβης της αναθέτουσας αρχής και των διαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων σε περίπτωση συνέχισης του διαγωνισμού, γ) οι λόγοι της προσφυγής δεν πιθανολογούνται ως προδήλως αβάσιμοι και χρήζουν περαιτέρω ελέγχου και δ) δεν υφίσταται επίκληση ζημίας ως προς την *ad hoc* προξενούμενη βλάβη των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, δηλαδή, σε σχέση περιοριστικώς με την χορήγηση προσωρινών μέτρων. Σε κάθε περίπτωση, από μια γενική

[Πληκτρολογήστε εδώ]

θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκομένων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, λαμβάνοντας υπόψη ότι σημαντική πτυχή της εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος είναι και η εξασφάλιση της νομιμότητας της διαδικασίας ανάθεσης, δεν προκύπτει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

35. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, το πλέον πρόσφορο, αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων της προσφεύγουσας μέτρο είναι η αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης απόφασης, η οποία (αναστολή) δεν διατάσσεται με αόριστη αλλά με διάρκεια βεβαία και εύλογη δηλαδή μέχρι την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής, και πάντως εντός της αποκλειστικής προθεσμίας του άρθρου 367 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

36. Επειδή η αναστολή του Τμήματος 14 του διαγωνισμού έχει ήδη διαταχθεί με την με αριθ. Α350/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ.

37. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

38. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να δίνει δεκτό ως προς το Τμήμα 15 του διαγωνισμού.

Για τους λόγους αυτούς

Αναστέλλει την διαγωνιστική διαδικασία για Τμήμα 15 του διαγωνισμού έως την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 6-8-2018 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Ειρήνη Ε. Αποκάρδου

Μαρία Μανώλογλου