

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

4οΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 19.2.2019, με την εξής σύνθεση: Νεκταρία – Πηνελόπη Ταμανίδη, Πρόεδρος και τα Μέλη: Κωνσταντίνος Κορομπέλης και Κυριακή Σιδηροπούλου - Εισηγήτρια, η οποία συνέταξε την παρούσα απόφαση σύμφωνα με το άρθρο 12 παράγραφος 2 του πδ 39/2017 σε συνδυασμό με το άρθρο 18 παράγραφος 3 του πδ 39/2017.

Για να εξετάσει την από 25.01.2019 (ημερομηνία καταχώρησης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 110/28.1.2019 της εταιρείας με την επωνυμία « ... », (... (εφεξής «προσφεύγουσα»)που εδρεύει στην ..., οδός ..., αρ. ..., στον ..., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Κατά της Αναθέτουσας Αρχής με την επωνυμία «Γενικό Νοσοκομείο ...» που εδρεύει στο ..., οδός ... αρ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή» ή «ΑΑ») και

Κατά της υπ' πρωτ. ... Διακήρυξης ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ «ΑΝΤΙΔΡΑΣΤΗΡΙΩΝ ΑΙΜΑΤΟΛΟΓΙΚΩΝ ΕΞΕΤΑΣΕΩΝ (CPV: 33696200-7) ΜΕ ΤΑΥΤΟΧΡΟΝΗ ΠΑΡΑΧΩΡΗΣΗ ΣΥΝΟΔΟΥ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ» ΓΙΑ ΤΙΣ ΕΤΗΣΙΕΣ ΑΝΑΓΚΕΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟΥ Αντικείμενο της σύμβασης είναι η προμήθεια αντιδραστηρίων αιματολογικών εξετάσεων με ταυτόχρονη παραχώρηση συνοδού εξοπλισμού για την πραγματοποίηση αυτών για τις ετήσιες ανάγκες του Γενικού Νοσοκομείου Τα προς προμήθεια είδη κατατάσσονται στον κωδικό του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV) : 33696200-7.Η παρούσα σύμβαση υποδιαιρείται στα κάτωθι τμήματα: 1. Προμήθεια αντιδραστηρίων αιματολογικών εξετάσεων αίματος με συνοδό εξοπλισμό, εκτιμώμενης αξίας 60.483,87€ πλέον ΦΠΑ 24%, ήτοι 75.000,00 €2.: Προμήθεια

Αριθμός απόφασης: 259 / 2019

αντιδραστηρίων βιοχημικών εξετάσεων αίματος με συνοδό εξοπλισμό, εκτιμώμενης αξίας 92.741,94€ πλέον ΦΠΑ 24%, ήτοι 115.000,00€3.: Προμήθεια αντιδραστηρίων ανοσολογικών εξετάσεων αίματος με συνοδό εξοπλισμό, εκτιμώμενης αξίας 30.645,16 € πλέον ΦΠΑ 24%, ήτοι 38.000,00 €4. : Προμήθεια αντιδραστηρίων εξετάσεων για την αιμόσταση του αίματος με συνοδό εξοπλισμό, εκτιμώμενης αξίας 27.419,35€ πλέον ΦΠΑ 24%, ήτοι 34.000,00€ , συνολικού προϋπολογισμού 211.290,32 ευρώ χωρίς ΦΠΑ με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας τιμής , καταχωρήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 2.1.2019, όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας « ...» (διακριτικός τίτλος «... που εδρεύει στο..., οδός ... αρ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα, η οποία κατέθεσε την από 14.2.2019 Παρέμβαση.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της ανωτέρω προσβαλλόμενης πράξης.

Με την από 14.2.2019 παρέμβαση της η εταιρεία αιτείται την απόρριψη της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια, Κυριακή Σιδηροπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' πρωτ. ... Διακήρυξης, ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ «ΑΝΤΙΔΡΑΣΤΗΡΙΩΝ ΑΙΜΑΤΟΛΟΓΙΚΩΝ ΕΞΕΤΑΣΕΩΝ (CPV: 33696200-7) ΜΕ ΤΑΥΤΟΧΡΟΝΗ ΠΑΡΑΧΩΡΗΣΗ ΣΥΝΟΔΟΥ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ» ΓΙΑ ΤΙΣ ΕΤΗΣΙΕΣ ΑΝΑΓΚΕΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟΥ Αντικείμενο της σύμβασης είναι η προμήθεια αντιδραστηρίων αιματολογικών εξετάσεων με ταυτόχρονη παραχώρηση συνοδού εξοπλισμού για την πραγματοποίηση αυτών για τις

Αριθμός απόφασης: 259 / 2019

ετήσιες ανάγκες του Γενικού Νοσοκομείου Τα προς προμήθεια είδη κατατάσσονται στον κωδικό του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV) : 33696200-7. Η παρούσα σύμβαση υποδιαιρείται στα κάτωθι τμήματα: 1. Προμήθεια αντιδραστηρίων αιματολογικών εξετάσεων αίματος με συνοδό εξοπλισμό, εκτιμώμενης αξίας 60.483,87€ πλέον ΦΠΑ 24%, ήτοι 75.000,00 €2.: Προμήθεια αντιδραστηρίων βιοχημικών εξετάσεων αίματος με συνοδό εξοπλισμό, εκτιμώμενης αξίας 92.741,94€ πλέον ΦΠΑ 24%, ήτοι 115.000,00€3.: Προμήθεια αντιδραστηρίων ανοσολογικών εξετάσεων αίματος με συνοδό εξοπλισμό, εκτιμώμενης αξίας 30.645,16 € πλέον ΦΠΑ 24%, ήτοι 38.000,00 €4. : Προμήθεια αντιδραστηρίων εξετάσεων για την αιμόσταση του αίματος με συνοδό εξοπλισμό, εκτιμώμενης αξίας 27.419,35€ πλέον ΦΠΑ 24%, ήτοι 34.000,00€ συνολικού προϋπολογισμού 211.290,32 ευρώ χωρίς ΦΠΑ με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας τιμής, η οποία καταχωρήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 2.01.2019, όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α Κατά της ως άνω Διακήρυξης προσέφυγε η προσφεύγουσα ισχυριζόμενη ότι ενδιαφέρεται να συμμετέχει στα τμήματα 1, 2 και 3.

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 920,00 € (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 255339773959 0326 0048), το οποίο και υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογιζόμενης δαπάνης της σύμβασης, χωρίς Φ.Π.Α. και εν προκειμένω ανέρχεται σε 920,00 € (60.483,87+92.741,94+30.645,16 (για τα τρία τμήματα)Χ 0,5%).

3. Επειδή, έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 211.290,32 € χωρίς Φ.Π.Α., σύμφωνα

Αριθμός απόφασης: 259 / 2019

με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με τα άρθρα 61,120,290,376 και 379 - όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν - του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ.α'), έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, δοθέντος ότι ο προσφεύγων έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης στις 15.01.2019 και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 25.1.2019, ήτοι εντός της δεκαήμερης προβλεπόμενης προθεσμίας.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της ανωτέρω προσβαλλόμενης πράξης για τους λόγους που αναφέρει στην Προσφυγή της με προφανές έννομο συμφέρον.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το υπ. αριθ. Γ2/18.02.2019 έγγραφό της, εκφράζει τις απόψεις της επί της Προσφυγής, ισχυριζόμενη ότι αυτή θα πρέπει να απορριφθεί.

8. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής». Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος

Αριθμός απόφασης: 259 / 2019

και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017.

9. Επειδή, η προσφεύγουσα με τους λόγους της Προσφυγής της υποστηρίζει αυτολεξεί «ότι υφίσταται παράβαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας του ανοίγματος στον ανταγωνισμό από παράνομο όρο των τεχνικών προδιαγραφών- μεθοδευμένο πλεονέκτημα. Σύμφωνα με το αρ. 18 του ν. 4412/2016: «1. 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. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων». Επίσης σύμφωνα με το αρ. 53 του ως άνω νόμου: «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης, περιέχουν ιδίως: ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης

Αριθμός απόφασης: 259 / 2019

της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης _».Εκ των ως άνω άρθρων προκύπτει ευθέως ότι οι όροι δημοπράτησης μιας δημόσιας σύμβασης πρέπει να είναι συνδεδεμένοι και ανάλογοι με το αντικείμενο της σύμβασης, καθώς και να ορίζονται κατά τρόπο σαφή και αμερόληπτο, ώστε να είναι όντως πρόσφορα για την επιλογή προσφορών με αντικειμενικότητα και διαφάνεια. Έχει παγίως κριθεί από το ΔΕΕ ότι ναι μεν η Αναθέτουσα Αρχή έχει την ελευθερία να ορίσει το αντικείμενο της σύμβασης και να επιλέξει τους όρους αυτής, όμως δεν επιτρέπεται οι όροι και οι προδιαγραφές, καθώς και τα κριτήρια που αυτή θα χρησιμοποιήσει να σχετίζονται με ζητήματα που δεν συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης, οδηγώντας ούτως σε καταστρατήγηση των γενικών αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων. (βλ. ιδίως, υπόθεση C- 513/99 Concordia Bus Finland, Beentjes, σκέψη 19, Evans Medical and Macfarlan Smith, σκέψη 42, SIAC Construction, σκέψη 36, καθώς και αποφάσεις της 12ης Δεκεμβρίου 2002, C 470/99, Universale-Bau κ.λ.π., Συλλογή 2002, σ. I-11617, σκέψεις 91 και 92, και της 16ης Οκτωβρίου 2003, C 421/01, Traunfellner, Συλλογή 2003, σ. I- 11941, σκέψη 29, καθώς και C-31/1987, C-225/1998, C-324/1998, C-496/1999, C- 470/1999 κ.α.). Περαιτέρω, στην αιτιολογική σκέψη (74) του Προοιμίου της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014 σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, αναφέρεται ότι: «Οι τεχνικές προδιαγραφές που καθορίζονται από τους αγοραστές του Δημοσίου πρέπει να επιτρέπουν το άνοιγμα των δημόσιων προμηθειών στον ανταγωνισμό καθώς και την επίτευξη των στόχων βιωσιμότητας. Για τον σκοπό αυτό, θα πρέπει να είναι δυνατή η υποβολή προσφορών που αντικατοπτρίζουν την ποικιλία των προτύπων για τεχνικές λύσεις και των τεχνικών προδιαγραφών στην αγορά, συμπεριλαμβανομένων όσων καταρτίζονται βάσει των κριτηρίων απόδοσης βάσει του κύκλου ζωής και της βιωσιμότητας της διαδικασίας παραγωγής των έργων, αγαθών και υπηρεσιών. Κατά συνέπεια, οι τεχνικές προδιαγραφές θα πρέπει να καταρτίζονται κατά τρόπο ώστε να αποφεύγεται ο

Αριθμός απόφασης: 259 / 2019

τεχνητός περιορισμός του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που να ευνοούν έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, αντικατοπτρίζοντας βασικά χαρακτηριστικά των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων που παρέχονται συνήθως από τον οικονομικό φορέα αυτό [^]». Σύμφωνα με την αρχή της ίσης μεταχείρισης οι όροι του Διαγωνισμού δεν είναι δυνατόν να εισάγουν πολιτική διακρίσεων είτε σε βάρος επιχειρήσεων άλλης χώρας είτε σε βάρος κάποιας κατηγορίας επιχειρήσεων της ίδιας χώρας. Ο σχεδιασμός δε των διαδικασιών σύναψης των συμβάσεων θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. Περαιτέρω, ως έχει επίσης παγίως κριθεί από το ΔΕΕ η αρχή της μη διακριτικής μεταχείρισης των προσφερόντων σημαίνει ότι οι προσφέροντες πρέπει να τυγχάνουν ίσης μεταχειρίσεως τόσο κατά τον χρόνο που ετοιμάζουν τις προσφορές τους όσο και κατά τον χρόνο που αυτές αποτιμώνται από την αναθέτουσα αρχή. Τούτο σημαίνει, ειδικότερα, ότι οι όροι του διαγωνισμού και τα κριτήρια αυτού πρέπει να είναι όντως πρόσφορα για την αξιολόγηση των προσφορών με αντικειμενικότητα και διαφάνεια. Συγκεκριμένα, έχει κριθεί ότι, οι αναθέτουσες αρχές, υποχρεούνται να τηρούν τους θεμελιώδεις κανόνες της Συνθήκης ήτοι την αποφυγή των διακρίσεων λόγω εθνικότητας, την ίση μεταχείριση, τη διαφάνεια και την εξασφάλιση συνθηκών πραγματικού ανταγωνισμού. Επίσης, οι αναθέτουσες αρχές προσδιορίζοντας τις προϋποθέσεις που οφείλουν να τηρούν και να αποδεικνύουν οι υποψήφιοι, οφείλουν να ενεργούν κατά τρόπο διαφανή και αντικειμενικό, συνυφασμένο με το αντικείμενο της σύμβασης και αποφεύγοντας τις διακρίσεις, πλην όμως όχι τυπολατρικώς αλλά ουσιαστικώς και με αντικειμενικά κριτήρια (βλ. ιδίως, αποφάσεις της 12ης Δεκεμβρίου 2002, C-470/99, Universale- Bauκ.λ.π., Συλλογή 2002, σ. I-11617, σκέψεις 91 και 92, και της 16ης Οκτωβρίου 2003, C-421/01, Traunfellner, Συλλογή 2003, σ. I-11941, σκέψη 29). Τούτο σημαίνει, ειδικότερα, ότι οι όροι και οι απαιτήσεις του διαγωνισμού, για την ανάδειξη αναδόχου ικανού να εκτελέσει το έργο, πρέπει να είναι όντως πρόσφορα για την αξιολόγηση των προσφορών με αντικειμενικότητα και διαφάνεια (βλ., μεταξύ άλλων, τις αποφάσεις της 12ης

Αριθμός απόφασης: 259 / 2019

Δεκεμβρίου 2002, C-470/99, Universale-Bau κ.λπ., Συλλογή 2002, σ. I-11617, σκέψη 91, και της 19ης Ιουνίου 2003, C-315/01, GAT, σκέψη 73). Άλλωστε, ο νόμος 4412/2016 που τυγχάνει εν προκειμένω εφαρμογής αλλά και οι γενικές αρχές της Ευρωπαϊκής Ένωσης, επιβάλλουν τη διεξαγωγή του διαγωνισμού μέσα σε συνθήκες εξασφάλισης επαρκούς ανταγωνισμού, ο οποίος επιτυγχάνεται με την συμμετοχή όσο το δυνατόν περισσότερων διαγωνιζομένων. Ο επαρκής ανταγωνισμός, εν προκειμένω, συντελείται με την παροχή δυνατότητας συμμετοχής όσο το δυνατόν περισσότερων διαγωνιζομένων και όχι βεβαίως με τον αποκλεισμό αυτών, πολλώ δε μάλλον όταν αυτοί κατέχουν τα απαραίτητα προσόντα για την επίτευξη του επιδιωκόμενου με τη σύμβαση, αποτελέσματος. Σε αντίθετη περίπτωση, η επιβολή περιορισμών ως προς τον κύκλο των επιχειρηματιών, που μπορούν να υποβάλλουν προσφορές, αντίκειται στον σκοπό του ανοίγματος στον ανταγωνισμό, που επιδιώκει τόσο η εθνική όσο και η κοινοτική έννομη τάξη (βλ. Υπόθεση C-448/01 ENV AG Απόφαση του Δικαστηρίου της 4ης Δεκεμβρίου 2003, σκ.69). Εκ των ως άνω προκύπτει, ότι οι Αναθέτουσες Αρχές κατά τον καθορισμό των όρων της Διακήρυξης και των Τεχνικών Προδιαγραφών αυτής οφείλουν να ενεργούν κατά τρόπο διαφανή και αντικειμενικό, βάσει κριτηρίων αντικειμενικής εκτίμησης και πάντοτε σε συνάρτηση με το αντικείμενο της σύμβασης, βάση της αρχής της αναλογικότητας, όπερ ουδόλως συμβαίνει εν προκειμένω. Έτι περαιτέρω, τονίζεται ότι σύμφωνα με το αρ. 54 του ν. 4412/2016: «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται στην περίπτωση 1 του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α' παρατίθενται 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 υπηρεσιών ή σε ειδική διαδικασία άλλου σταδίου του κύκλου ζωής τους, ακόμη και αν οι παράγοντες αυτοί δεν αποτελούν μέρος της υλικής τους υπόστασης, υπό 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

Αριθμός απόφασης: 259 / 2019

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: 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». Σύμφωνα με την ως άνω διάταξη του άρθρου 54 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, που ενσωμάτωσε στην εθνική έννομη τάξη την αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, οι τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης θα πρέπει να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και επιπλέον να μην θέτουν αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, υπό την έννοια ότι οφείλουν να αποφεύγουν όρους που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό Φορέα, μέσω της ενσωμάτωσης σε αυτής χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου. Εξάλλου, είναι αδικαιολόγητος ο περιορισμός του ανταγωνισμού μέσω τεχνικής προδιαγραφής που λειτουργεί ως κριτήριο αποκλεισμού από την ανάθεση, όταν - μεταξύ άλλων - δε συνδέεται με το αντικείμενο της σύμβασης (Αιτιολογική σκέψη 46 Προοιμίου Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ΔΕΕ, Απόφαση της 17.11.2002, Υπόθεση C-513/99 Concordia, σκέψεις 59 και 65• ΔΕΕ, Απόφαση της 4.12.2003, Υπόθεση C-448/01, Wienstrom, σκέψη 34 κλπ) ή παραβιάζει αρχές του ενωσιακού δικαίου, όπως της ίσης μεταχείρισης (ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54• Αποφάσεις της 27.11.2001, Υποθέσεις C285/99 και C-286/99, Impresa Lombardini SpA, σκέψη 37• ΔΕΕ, Απόφαση της 19.06.2003, Υπόθεση C- 315/01, GAT, σκέψη 73• ΔΕΕ Απόφαση της

Αριθμός απόφασης: 259 / 2019

16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική, σκέψη 45• ΔΕΕ, Απόφαση της 12.03.2015, C-538/13, eVigilo, σκέψη 33• ΔΕΕ, Απόφαση της 06.11.2014, Υπόθεση C-42/13, Cartiera dell'Adda, σκέψη 44• ΔΕΕ Απόφαση της 24.05.2016, Υπόθεση C-396/14, MT Højgaard A/S, Züblin A/S, σκέψη 37 κλπ), (ΑΕΠΠ 729/2018). Στην προκείμενη Διακήρυξη, αναφορικά με το τμήμα της επίδικης σύμβασης για την Προμήθεια αντιδραστηρίων ΒΙΟΧΗΜΙΚΩΝ εξετάσεων αίματος, διαπιστώνονται τα κάτωθι: Στο ΤΜΗΜΑ 2 - ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΑΥΤΟΜΑΤΟΥ ΒΙΟΧΗΜΙΚΟΥ ΑΝΑΛΥΤΗ ΥΓΡΑΣ ΧΗΜΕΙΑΣ ΜΕΣΑΙΑΣ ΠΑΡΑΓΩΓΙΚΟΤΗΤΑΣ (ΤΥΠΟΥ Β1). η προδιαγραφή 6 αναφέρει: «6. Οι κατασκευαστές των αναλυτών να πιστοποιούν με έγγραφη δήλωση τους, την καταλληλότητα της χρήσης των συγκεκριμένων αντιδραστηρίων και αναλωσίμων στον προσφερόμενο αναλυτή. Να κατατεθούν τα πιστοποιητικά (δηλώσεις συμμόρφωσης) CE κατά 98/79/ΕΚ των αντιδραστηρίων και αναλωσίμων, βαθμονομητών, υγρών ποιοτικού ελέγχου και αναλωσίμων κατά κωδικό προσφερομένου είδους. Επιπλέον από τις οδηγίες χρήσεως (εσώκλειστα) που θα κατατεθούν να προκύπτει ο προορισμός χρήσης και η αξιολόγηση των προσφερόμενων ειδών στους προσφερόμενους αναλυτές. Τα αντιδραστήρια να είναι έτοιμα για χρήση χωρίς να απαιτείται ανασύσταση, μετάγγιση ή άλλη παρέμβαση από το χειριστή. Ο αριθμός των εξετάσεων που αναγράφονται στις συσκευασίες των αντιδραστηρίων να ταυτίζονται με τον ακριβή αριθμό εξετάσεων που εκτελούνται. Αυτό να αποδεικνύεται από τις εσώκλειστες οδηγίες χρήσεως του κάθε αντιδραστηρίου». Η Οδηγία 98/79/ΕΚ για τα «in vitro διαγνωστικά ιατροτεχνολογικά προϊόντα», δια της οποίας θεσμοθετήθηκαν όλες οι «αναγκαίες και επαρκείς» απαιτήσεις για την σχεδίαση, παραγωγή και κυκλοφορία των in vitro ιατροτεχνολογικών προϊόντων εντός του ενιαίου ευρωπαϊκού κοινοτικού χώρου, μεταξύ των οποίων και τα αντιδραστήρια που θα ζητούνται από κάθε μέλλουσα διακήρυξη όσο και η ΚΥΑ δυ8δ/οικ. 3607/892/2001, προβλέπει αυστηρά και περιοριστικά την μέθοδο με την οποία οι κατασκευαστές πιστοποιούν τη συμμόρφωση των προϊόντων τους με τις διατάξεις αυτής, που είναι: (α) η πιστοποίηση εκ μέρους του ιδίου του κατασκευαστή τους με κοινοποίηση προς την εποπτεύουσα αρχή (στην Ελλάδα

Αριθμός απόφασης: 259 / 2019

ΕΟΦ), αυτή μάλιστα πρέπει να αναφέρεται στις οδηγίες χρήσεως και (β) η πιστοποίηση από ανεξάρτητο κοινοποιημένο στην Ευρωπαϊκή Ένωση, Οργανισμό. Πουθενά στην ως άνω Οδηγία ΔΕΝ προβλέπεται να πιστοποιείται η συμβατότητα, ποιότητα ή καταλληλότητα των προϊόντων από ΑΛΛΟΝ κατασκευαστή In vitro ιατροτεχνολογικού προϊόντος. Οι παραπάνω διατάξεις ρητώς καθορίζουν ότι αποτελεί αρμοδιότητα και ευθύνη του κατασκευαστή του ΙΔΙΟΥ του in vitro διαγνωστικού προϊόντος, να βεβαιώσει ότι αυτό είναι κατάλληλο να χρησιμοποιηθεί σε ασφαλή συνδυασμό με άλλο in vitro ιατροτεχνολογικό προϊόν, χωρίς το προϊόν να χάνει τις προβλεπόμενες αναλυτικές επιδόσεις του και τα λοιπά τεχνικά χαρακτηριστικά, που ρητώς καθορίζονται στις παραπάνω διατάξεις, προκειμένου το προϊόν να εκπληρώσει τον σκοπό για τον οποίο προορίζεται. Δηλαδή μεταξύ άλλων γίνεται σαφές ότι ΔΥΝΑΤΑΙ ΝΑ ΒΕΒΑΙΩΘΕΙ ΑΠΟ ΤΟΝ ΙΔΙΟ ΤΟΝ ΚΑΤΑΣΚΕΥΑΣΤΗ του αντιδραστηρίου η συμβατότητα και ο ασφαλής συνδυασμός και η δυνατότητα εφαρμογής των παραγόμενων από τον ΙΔΙΟΝ τον κατασκευαστή αντιδραστηρίων επί αναλυτικών συστημάτων ή συσκευών που παράγει ο ΕΤΕΡΟΣ κατασκευαστής. Προκειμένου να γίνει απολύτως κατανοητός ο ως άνω ισχυρισμός επεξηγούμε έτι περαιτέρω ότι η εταιρεία μας δεν επικαλείται σε καμία περίπτωση ότι δήθεν αυτή πρέπει να πιστοποιήσει το μηχάνημα του αναλυτή, δεδομένου ότι η ίδια δεν είναι κατασκευάστρια του μηχανήματος. Ενόψει, όμως, του ότι είναι κατασκευάστρια του αντιδραστηρίου και ως εκ τούτου μόνη αρμόδια όπως πιστοποιήσει αυτό καθ' αυτό το προϊόν (αντιδραστήριο), πρέπει να δύναται - όπως άλλωστε προβλέπεται και εκ της ως άνω Οδηγίας - να πιστοποιεί η ίδια και τη ΧΡΗΣΗ του προϊόντος (αντιδραστήριο) στο μηχάνημα (αναλυτής) και όχι η δυνατότητα αυτή να επιφυλάσσεται και δη παρανόμως - όπως εν προκειμένω από την Διακήρυξη - μόνο στον κατασκευαστή του μηχανήματος, δεδομένου ότι εν προκειμένω πιστοποιείται η ΧΡΗΣΗ και όχι η κατασκευή. Άρα, εν προκειμένω, η εταιρεία μας ΔΥΝΑΤΑΙ κατά λογική και νομική συνέπεια να βεβαιώσει ως εκ του δεδομένου ότι είναι η κατασκευάστρια των προσφερόμενων αντιδραστηρίων, ότι αυτά είναι συμβατά και συνδυάζονται με ΑΠΟΛΥΤΗ ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΚΗ ΑΣΦΑΛΕΙΑ

Αριθμός απόφασης: 259 / 2019

με τις συσκευές (αναλυτές) με τις οποίες έρχονται σε ΧΡΗΣΗ. Είναι εύλογο ότι σε βεβαίωση αυτής της διαπίστωσης ορθής και ασφαλούς χρήσης δύναται να προβούν ΑΜΦΟΤΕΡΟΙ (!!!): τόσο η κατασκευάστρια εταιρεία των αντιδραστηρίων (όπως είναι η δική μας) όσο και ο κατασκευαστικός οίκος των αναλυτών. Επομένως, από τα ισχύοντα πραγματικά και νομικά δεδομένα, ουδόλως μπορεί να αποκλεισθεί η δυνατότητα έγγραφης βεβαίωσης από την προσφέρουσα τα αντιδραστήρια εταιρεία για την «καταλληλότητα της χρήσης των συγκεκριμένων αντιδραστηρίων και αναλωσίμων στον προσφερόμενο αναλυτή», δηλαδή ΔΕΝ ΜΠΟΡΕΙ να στερηθεί η προσφέρουσα εταιρεία μας την δυνατότητα να βεβαιώσει την εφαρμοστικότητα των αντιδραστηρίων που η ΙΔΙΑ ΠΑΡΑΓΕΙ, εφόσον έχει ήδη ελέγξει πρότερα την ασφαλή συνδυαστική χρήση. Άρα, ο ως άνω όρος κατά τον οποίο ΜΟΝΟΝ οι κατασκευαστές των αναλυτών μπορούν να πιστοποιούν την καταλληλότητα της χρήσης των υπό προμήθεια αντιδραστηρίων, καθίσταται σαφές ότι είναι δυσανάλογος σε σχέση με το αντικείμενο της απόδειξης ασφαλούς λειτουργίας της υπό ανάθεση προμήθειας προς τους εγκατεστημένους στο Νοσοκομείο αναλυτές, αντίθετος με τις διατάξεις της Οδηγίας 98/79/ΕΚ, και ως εκ τούτου πρέπει να ακυρωθεί.

«ΦΩΤΟΓΡΑΦΙΚΗ» ΑΠΕΙΚΟΝΙΣΗ ΜΙΑΣ ΜΟΝΑΔΙΚΗΣ ΥΠΟΨΗΦΙΑΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ ΩΣ ΠΛΕΟΝ ΚΑΤΑΛΛΗΛΗΣ ΑΝΑΔΟΧΟΥ ΜΕΣΩ ΣΥΓΚΕΚΡΙΜΕΝΩΝ ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ ΓΕΝΙΚΟ ΝΟΜΙΚΟ ΠΛΑΙΣΙΟ Όπως έχει γίνει δεκτό από την νομολογία (ΣτΕ 3719/2011, 1105/2010, Ε.Α. ΣτΕ 676/2011, 77/2011, 1140/2010, 1025/2010, 1024/2010, 691/2009, 434/2008 κ. ά.), η αναθέτουσα αρχή είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακηρύξεως ως προς τα προς προμήθεια είδη, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη. Η προαναφερόμενη ελευθερία της αναθέτουσας αρχής, να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακηρύξεως, πρέπει, βεβαίως, να ασκείται με βάση τα οριζόμενα στις οικείες διατάξεις και υπό την αναγκαία προϋπόθεση τηρήσεως των βασικών αρχών που διέπουν τους διαγωνισμούς για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ειδικότερα δε της ισότιμης προσβάσεως σε αυτούς των προτιθεμένων να

Αριθμός απόφασης: 259 / 2019

συμμετάσχουν και της διασφάλισης του ανοίγματος των δημοσίων συμβάσεων στον ανταγωνισμό. Περαιτέρω, ο ισχύων, πλέον, ν.4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» (Α'147), ορίζει στο άρθρο 18 παρ. 1: «Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων», ενώ στο άρθρο 54 όπως αυτό ήδη προεξετέθη [άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων και την κατάργηση της οδηγίας 2004/18/ΕΚ (ΕΕ L 94 της 28ης-3- 2014)], ορίζει τα εξής: 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». Σύμφωνα με όσα είχαν γίνει δεκτά νομολογιακά, καθ' ερμηνεία των προγενεστέρων διατάξεων, τα οποία δύνανται να υποστηριχθούν και υπό τις νέες ως άνω διατάξεις, αφού αυτές ρυθμίζουν κατά τον ίδιο, ακριβώς, τρόπο τα σχετικά ζητήματα των τεχνικών προδιαγραφών, ως προς την εξασφάλιση ισότιμης προσβάσεως των οικονομικών φορέων στη διαδικασία συνάψεως σύμβασης, καθώς και ως προς το άνοιγμα των δημοσίων συμβάσεων στον ανταγωνισμό, απαγορεύεται, κατ' αρχήν, η θέσπιση προδιαγραφών που περιορίζουν τον κύκλο των διαγωνιζομένων επιχειρήσεων, πολλώ δε μάλλον όταν οι προδιαγραφές αυτές παρέχουν αθέμιτο πλεονέκτημα σε έναν μόνο υποψήφιο (φωτογραφική διάταξη) (ΣτΕ 1105/2010, πρβλ. ΣτΕ. 365/2007, Ε.Α. ΣτΕ 267/2008). Κατ' εξαίρεση, δύναται να θεωρηθεί αιτιολογημένη η θέσπιση τέτοιων προδιαγραφών κατά την κρίση της αναθέτουσας αρχής, ΜΟΝΟΝ όταν η αναθέτουσα αρχή παραθέτει ικανά στοιχεία, σύμφωνα με τα οποία, μόνον αυτές οι συγκεκριμένες προδιαγραφές εξυπηρετούν αποτελεσματικά τις ανάγκες για την κάλυψη των οποίων τίθενται, όπερ ουδόλως συμβαίνει εν προκειμένω. Όπως, όμως, διαλαμβάνει η ΕΑΑΔΗΣΥ στην Κατευθυντήρια Οδηγία της με αρ. 2 με θέμα «Σύνταξη

Αριθμός απόφασης: 259 / 2019

διακηρύξεων και τευχών διαγωνισμού προς αποφυγή συνήθων πλημμελειών των όρων αυτών»: «Αποφυγή συμπερίληψης στις τεχνικές προδιαγραφές όρων περιοριστικών συμμετοχής, όπως προϊόντων ορισμένης κατασκευής, παραγωγής ή γεωγραφικής προέλευσης. Κατά τη βασική και ρητή επιταγή τόσο του ενωσιακού όσο και του εθνικού δικαίου, οι τεχνικές προδιαγραφές δεν επιτρέπεται να κάνουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερων μεθόδων κατασκευής, ούτε να κάνουν αναφορά σε σήμα, δίπλωμα ευρεσιτεχνίας ή τύπο καθώς και συγκεκριμένη καταγωγή ή παραγωγή, που θα είχε ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή προϊόντα (φωτογραφική περιγραφή)». Ενόψει όλων όσων εκτέθηκαν, καθίσταται φανερό ότι οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν να αιτιολογούν τη θέσπιση τεχνικών προδιαγραφών που συνεπάγονται τον αποκλεισμό συμμετοχής στο διαγωνισμό. Η αιτιολογία αυτή, για να είναι νόμιμη, όπως ήδη αναφέρθηκε, θα πρέπει να στηρίζεται σε ικανά στοιχεία, τα οποία πρέπει να συνίστανται αφενός στην παράθεση, κατά συγκεκριμένο τρόπο, των ειδικών αναγκών τις οποίες επιδιώκει να καλύψει η αναθέτουσα αρχή, αφετέρου στην παράθεση των στοιχείων εκείνων, που θεμελιώνουν την τεχνική κρίση ότι οι συγκεκριμένες αυτές ειδικές ανάγκες εξυπηρετούνται αποτελεσματικά μόνον από τις συγκεκριμένες τεχνικές προδιαγραφές, για την κάλυψη των οποίων αυτές τίθενται. Η πληρότητα και νομιμότητα μιας τέτοιας αιτιολογίας της αναθέτουσας αρχής, ελέγχεται ακυρωτικώς από το δικαστή του προσυμβατικού σταδίου. Ο δικαστικός αυτός έλεγχος, για να λειτουργεί αποτελεσματικά και να αποτρέπει την ενδεχόμενη προσβολή της ισότιμης προσβάσεως των προσφερόντων, καθώς και τη δημιουργία αδικαιολογήτων φραγμών στο άνοιγμα των δημοσίων συμβάσεων στον ανταγωνισμό, δηλαδή, να αποτρέπει την ενδεχόμενη προσβολή των αρχών αυτών, τις οποίες, κατά τις ως άνω διατάξεις της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και του ν.4412/2016, οφείλουν να εξασφαλίζουν οι τεχνικές προδιαγραφές, θα πρέπει να διαπιστώνει, ως ελάχιστο περιεχόμενο της αιτιολογίας αυτής, τα προαναφερόμενα στοιχεία που θεμελιώνουν και, ταυτοχρόνως, δικαιολογούν τη θέσπιση τεχνικών προδιαγραφών που συνεπάγονται τον αποκλεισμό συμμετοχής στο

Αριθμός απόφασης: 259 / 2019

διαγωνισμό. Η αξίωση αυτή του δικαστικού ελέγχου, για πλήρη και ειδική αιτιολογία, καθίσταται επιτακτικότερη, στις περιπτώσεις εκείνες που η επιλεγείσα κατηγορία των προς προμήθεια ειδών με τα συγκεκριμένα τεχνικά χαρακτηριστικά προσφέρεται, τη δεδομένη χρονική στιγμή, από ΜΙΑ ΜΟΝΟΝ εταιρεία. Εν προκειμένω, το Γενικό Νοσοκομείο ... με τις προδιαγραφές που έθεσε στην συγκεκριμένη διακήρυξη, όπως θα αναλύσουμε κατωτέρω και εξ όσων γνωρίζουμε, μειώνει δραματικά μέχρι αποκλειστικά ενός τον ανταγωνισμό, καταστρατηγώντας με την ακολουθούμενη διαδικασία κάθε έννοια διαγωνιστικής διαδικασίας. Οι κατά τα κάτωθι συγκεκριμένες απαιτήσεις της διακήρυξης δεν προσφέρουν κανένα ουσιαστικό όφελος στην λειτουργία του εργαστηρίου. Αντιθέτως δημιουργούν «μεθοδευμένο» πλεονέκτημα υπέρ συγκεκριμένης εταιρείας μη επιτρέποντας παρανόμως την ανάπτυξη ανταγωνισμού. Ειδικότερα :Στην προκείμενη Διακήρυξη, αναφορικά με το τμήμα της επίδικης σύμβασης για την Προμήθεια αντιδραστηρίων ΒΙΟΧΗΜΙΚΩΝ εξετάσεων αίματος, διαπιστώνονται τα κάτωθι: Στο ΤΜΗΜΑ 2 - ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΑΥΤΟΜΑΤΟΥ ΒΙΟΧΗΜΙΚΟΥ ΑΝΑΛΥΤΗ ΥΓΡΑΣ ΧΗΜΕΙΑΣ ΜΕΣΑΙΑΣ ΠΑΡΑΓΩΓΙΚΟΤΗΤΑΣ (ΤΥΠΟΥ Β1), η προδιαγραφή 21 αναφέρει: «21. Να διαθέτουν σύστημα για την αποφυγή επιμολύνσεων μεταξύ δειγμάτων (carry over) ώστε να αποφεύγεται η επιμόλυνση δείγματος - αντιδραστηρίου 100%. Να περιγράφει αναλυτικά». Οι βιοχημικοί αναλυτές για την πραγματοποίηση μίας διαγνωστικής εξέτασης αναρροφούν μέσω ρύγχους την απαιτούμενη ποσότητα αντιδραστηρίου από την συσκευασία του σε ειδική θάλαμη φωτομέτρησης, στην οποία θάλαμη στη συνέχεια ο αναλυτής εισάγει πάλι μέσω ρύγχους το ανθρώπινο βιολογικό δείγμα το οποίο λαμβάνει από δειγματοληπτικά σωληνάκια. Με αυτόν τον τρόπο, τα ρύγχη του βιοχημικού αναλυτή εισέρχονται από αντιδραστήριο σε αντιδραστήριο (διαφορετικό για κάθε εξέταση) και από δείγμα σε δείγμα ασθενούς. Το ρύγχος που εισέρχεται από αντιδραστήριο σε αντιδραστήριο, δυνητικά μπορεί να μεταφέρει ίχνη από το προηγούμενο στο επόμενο αντιδραστήριο, με συνέπεια να επιμολύνεται το επόμενο αντιδραστήριο με ποσότητα του προηγούμενου (γνωστή στη διεθνή βιβλιογραφία ως "reagent carryover" ή "between method carryover"). Ομοίως,

Αριθμός απόφασης: 259 / 2019

το ρύγχος που εισέρχεται από ανθρώπινο δείγμα σε επόμενο ανθρώπινο δείγμα είναι δυνατόν να μεταφέρει ίχνη του προηγούμενου δείγματος στο επόμενο επιμολύνοντας το τελευταίο (γνωστή ως "sample to sample carryover"). Προκειμένου να αντιμετωπισθεί το παραπάνω πρόβλημα επιμολύνσεων, κατασκευαστές βιοχημικών αναλυτών, αλλά και άλλων αυτόματων αναλυτικών συστημάτων, έχουν εφεύρει και εφαρμόζουν κατά την σχεδίαση και παραγωγή των αναλυτικών τους συστημάτων μεθόδους και τεχνολογίες κατασκευής, που διασφαλίζουν τον περιορισμό και εν τέλει την αποφυγή των επιμολύνσεων. Η Διεθνής Ένωση Καθαρής και Εφαρμοσμένης Χημείας (IUPAC – International Union of Pure and Applied Chemistry) έχει υιοθετήσει, σε συνεργασία με την Διεθνή Ομοσπονδία Κλινικής Χημείας IFCC (International Federation of Clinical Chemistry), συγκεκριμένο πρωτόκολλο μέτρησης των επιμολύνσεων - που είναι αναπόφευκτο να υπάρχει σε κάθε περίπτωση και αδιαφόρως ρυθμού ή λειτουργίας των ρυγχών στους βιοχημικούς αναλυτές - που οι κατασκευαστές διεθνώς υποχρεούνται να υιοθετούν και εν τοις πράγμασι υιοθετούν κατά την σχεδίαση, ανάπτυξη και κατασκευή αναλυτικών συστημάτων, εξασφαλίζοντας ότι ο βαθμός επιμόλυνσης πρέπει να συνκρατείται σε επίπεδα που δεν επηρεάζουν την αξιοπιστία των αποτελεσμάτων και σε καμία περίπτωση, για τις εξετάσεις κλινικής χημείας, δεν μπορεί να υπερβαίνει το μέγιστο ανεκτό επίπεδο, ήτοι ποσοστό ένα τοις χιλίοις (0,1%), καθόσον έχει αποδειχθεί ότι σε αυτά τα επίπεδα ΔΕΝ υπάρχει επίπτωση επί του τελικού αποτελέσματος των διενερούμενων διαννωστικών εξετάσεων [Proposals for the description and measurement of carry over - effects in clinical chemistry (Recommendations 1991)]. Κάθε κατασκευαστής, πριν την κυκλοφορία ενός ιατροτεχνολογικού προϊόντος (αυτόματου βιοχημικού αναλυτή) σύμφωνα με την οδηγία 98/79/ΕΚ, έχει κατά την διάρκεια της σχεδίασης, ανάπτυξης, παραγωγής και επανειλημμένων δοκιμών ενός αναλυτή, αντιμετωπίσει ενδελεχώς το πρόβλημα των επιμολύνσεων και έχει μελετήσει ενδελεχώς τους κινδύνους, έτσι ώστε - προ πάσης κυκλοφορίας του προϊόντος και της θέσεως της σήμανσης CE - να έχει εξασφαλίσει ότι το προϊόν που θα κυκλοφορήσει στην ευρωπαϊκή αγορά, είναι ασφαλές και δεν θέτει σε κίνδυνο -

Αριθμός απόφασης: 259 / 2019

άμεσο ή έμμεσο - την κλινική κατάσταση ή την ασφάλεια ή την υγεία των ασθενών και των χρηστών. Προς τον σκοπό αυτό εξάλλου, όλα τα διεθνή πρότυπα ποιότητας, που έχουν υιοθετηθεί, σύμφωνα με την οδηγία 98/79/EK, προβλέπουν υποχρέωση των κατασκευαστών να έχουν εξετάσει και αντιμετωπίσει το πρόβλημα του carry over και τις συνέπειές του, έτσι ώστε το τελικώς κυκλοφορούν προϊόν να είναι ασφαλές και αξιόπιστο. Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι η «φωτογραφική» αναφορά στην Διακήρυξη στην αποφυγή επιμόλυνσης δείγματος - αντιδραστήριου και μάλιστα στο απόλυτο ποσοστό του 100%, διαδικασία που ουσιαστικά αφορά την αποφυγή επιμόλυνσης κατά την φάση ανάμειξης του εκάστοτε δείγματος με το κατάλληλο για την κάθε εξέταση αντιδραστήριο εντός της αντίδρασης (προκειμένου να διευκολυνθεί η μεταξύ τους αντίδραση), εξαλείφει ουσιαστικά και εξ όσων γνωρίζουμε κάθε έννοια διαγωνιστικής διαδικασίας. οδηγώντας την προμήθεια σε ΜΙΑ ΚΑΙ ΜΟΝΑΔΙΚΗ εταιρεία. Πρόκειται για την εταιρεία «... DIAGNOSTICS AE», της οποίας συγκεκριμένα μοντέλα βιοχημικών αναλυτών αναδεύουν το μείγμα δείγματος - αντιδραστήριου με την βοήθεια υπερήχων, αντί με την χρήση ειδικά σχεδιασμένων αναδευτήρων που φέρουν κατάλληλη επίστρωση για την αποφυγή επιμολύνσεων και που διαθέτουν όλοι οι υπόλοιποι βιοχημικοί αναλυτές που κυκλοφορούν σήμερα στην παγκόσμια αγορά. Η σύνδεση της συγκεκριμένης τεχνικής προδιαγραφής στο ιδιαίτερο αυτό κατασκευαστικό χαρακτηριστικό (της ανάδευσης δηλαδή του μείγματος δείγμα -αντιδραστήριο με υπερήχους) που διαθέτει εξ όσων γνωρίζουμε μόνο η ως άνω συγκεκριμένη μία και μοναδική εταιρεία, εξυπηρετεί ΜΟΝΟΝ την σκοπιμότητα απόδοσης μεθοδευμένου πλεονεκτήματος στην συγκεκριμένη εταιρεία και ουδέν άλλο, πέραν της εξαφάνισης κάθε διαγωνιστικής διαδικασίας, προσθέτει. Διότι, όπως προαναφέραμε, οι κατασκευαστές των αναλυτών, συμμορφούμενοι με τις αποφάσεις της Διεθνούς Ένωσης Καθαρής και Εφαρμοσμένης Χημείας (IUPAC - International Union of Pure and Applied Chemistry) καθώς και της Διεθνούς Ομοσπονδίας Κλινικής Χημείας (IFCC International Federation of Clinical Chemistry), υιοθετούν πρωτόκολλα μέτρησης των επιμολύνσεων σε επίπεδα που δεν επιτρέπουν να επηρεάζουν αυτές (οι επιμολύνσεις) την αξιοπιστία των

Αριθμός απόφασης: 259 / 2019

αποτελεσμάτων στην κλινική χημεία, ήτοι σε ποσοστό ένα τοις χιλίοις fQ.1%1. Δηλαδή εάν η αποφυγή της επιμόλυνσης για την συγκεκριμένη φάση της ανάδευσης δείγματος-αντιδραστηρίου επιτυγχάνεται σε ποσοστό 100% ή σε ποσοστό 99,9%, δεν έχει καμία απολύτως επίπτωση στην αξιοπιστία των αποτελεσμάτων κλινικής σύμφωνα πάντα και με τους δύο παραπάνω διεθνείς φορείς. Επομένως και η ως άνω επιλογή της Διακήρυξης ουδέν προσθέτει στο επιδιωκόμενο αποτέλεσμα που είναι πάντα η ορθή και ασφαλής λειτουργία του εργαστηρίου. Πρέπει να σημειωθεί επίσης, ότι και οι βιοχημικοί αναλυτές της συγκεκριμένης εταιρείας «...» (η οποία «φωτογραφίζεται» από την συγκεκριμένη τεχνική προδιαγραφή) σε άλλα στάδια της αναλυτικής διαδικασίας, όπως αυτά της αναρρόφησης των δειγμάτων και των αντιδραστηρίων, ακολουθούν κατασκευαστικές τεχνικές ανάλογες προς αυτές των υπολοίπων εταιρειών, εφαρμόζοντας αντίστοιχα πρωτόκολλα για την αποφυγή επιμολύνσεων που της επιτρέπουν να επιτύχει αυτό σε ποσοστό 99,9%. Συνεπώς, αθροιστικά και λαμβάνοντας υπόψιν όλες τις φάσεις της αναλυτικής διαδικασίας, που επιτελούνται από έναν βιοχημικό αναλυτή, οι αναλυτές της συγκεκριμένης μίας και μοναδικής εταιρείας, εξασφαλίζουν αποφυγή επιμολύνσεων σε ποσοστό ανάλογο με αυτό των υπολοίπων εταιρειών, δηλαδή 99,9%. Διότι προκειμένου να αποφευχθούν οι επιμολύνσεις συνολικά σε ποσοστό 100% (παρότι το γεγονός αυτό σύμφωνα με τα ανωτέρω εκτεθέντα και τους Διεθνείς φορείς Χημείας δεν συνεισφέρει τίποτα το ουσιαστικό στην αξιοπιστία των αποτελεσμάτων), αυτό πρέπει να επιτυγχάνεται σε όλες της φάσεις της αναλυτικής διαδικασίας και όχι μόνο σε μία. Ως εκ τούτου, ο ως άνω όρος θίγει κατάφωρα την αρχή της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας, της αντικειμενικότητας, καθώς και του ανοίγματος των συμβάσεων στον ανταγωνισμό, αφού καθιστά αδύνατη τη συμμετοχή μας και αυτή άλλων εταιρειών στον επίδικο διαγωνισμό. Τούτο δε χωρίς η εν λόγω προδιαγραφή να προσθέτει καθ' οιονδήποτε τρόπο «τεχνική υπέροχη ή θετική διαφοροποίηση» στο αποτέλεσμα στο οποίο αποσκοπεί η προκείμενη σύμβαση (ήτοι την εξέταση του αίματος). Τούτο έχει ως αποτέλεσμα να ΜΗΝ εξασφαλίζεται ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και να

Αριθμός απόφασης: 259 / 2019

δημιουργούνται αδικαιολόγητα εμπόδια στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό. Ομοίως, στο ΤΜΗΜΑ 2 - ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΑΥΤΟΜΑΤΟΥ ΒΙΟΧΗΜΙΚΟΥ ΑΝΑΛΥΤΗ ΥΓΡΑΣ ΧΗΜΕΙΑΣ ΜΕΣΑΙΑΣ ΠΑΡΑΓΩΓΙΚΟΤΗΤΑΣ (ΤΥΠΟΥ Β1). η προδιαγραφή 23 αναφέρει: «23. Για λόγους εύρυθμης λειτουργίας του εργαστηρίου, είναι απαραίτητο ο αναλυτής να είναι συνεχούς φόρτωσης αντιδραστηρίων δηλαδή να είναι δυνατή η φόρτωση νέων αντιδραστηρίων χωρίς να διακόπτεται η λειτουργία του αναλυτή». Σε όλους τους σύγχρονους αυτόματους βιοχημικούς αναλυτές υπάρχει η δυνατότητα συνεχούς φόρτωσης αντιδραστηρίων κατά την διάρκεια της λειτουργίας τους. Όταν παρουσιαστεί η ανάγκη φόρτωσης μίας νέας συσκευασίας από κάποιο αντιδραστήριο, τότε ο χειριστής του οργάνου οδηγεί τον αναλυτή σε κατάσταση στιγμιαίας παύσης, φορτώνει την νέα συσκευασία αντιδραστηρίου και ο αναλυτής συνεχίζει κανονικά το αναλυτικό του έργο χωρίς διακοπή της λειτουργίας του. Κατά την χρονική διάρκεια της φόρτωσης αντιδραστηρίων, ο αναλυτής ΔΕΝ διακόπτει την λειτουργία του, διότι δεν χάνει τον υπάρχοντα προγραμματισμό του, μπορούν να προγραμματιστούν επιπλέον εξετάσεις εάν το επιθυμούμε, συνεχίζει να κάνει δειγματοληψία των ορών και συνεχίζει τις φωτομετρήσεις στις οποίες εξελίσσονται αντιδράσεις. Το μόνο το οποίο συμβαίνει κατά την διάρκεια της στιγμιαίας παύσης του αναλυτή και μέχρι την φόρτωση του νέου αντιδραστηρίου σε αυτόν, είναι η διακοπή της διανομής αντιδραστηρίων, η οποία (διανομή αντιδραστηρίων) συνεχίζεται κανονικά αμέσως μετά την τοποθέτηση του νέου αντιδραστηρίου χωρίς να δημιουργείται κάποιο πρόβλημα, καθυστέρηση ή δυσκολία στην λειτουργία του οργάνου. Δηλαδή από όλα τα ανωτέρω και εξ όσων γνωρίζουμε προκύπτει το γεγονός ότι όλοι οι υπόλοιποι οι αναλυτές που κυκλοφορούν παγκοσμίως έχουν την δυνατότητα συνεχούς φόρτωσης αντιδραστηρίων χωρίς διακοπή εν γένει της λειτουργίας τους, παρά ΜΟΝΟΝ της στιγμιαίας παύσης της αναρρόφησης και διανομής των αντιδραστηρίων. Σημειώνουμε ότι το Νοσοκομείο του ... μέχρι και σήμερα λειτουργεί με αναλυτές αυτού του τύπου, δηλαδή με παύση της αναρρόφησης και διανομής των αντιδραστηρίων κατά την φόρτωση νέων συσκευασιών αντιδραστηρίων, χωρίς κανένα απολύτως πρόβλημα. Εξαίρεση

Αριθμός απόφασης: 259 / 2019

στον κανόνα αποτελεί ο βιοχημικός αναλυτής της ίδιας μίας και μοναδικής εταιρείας «...», της οποίας γίνεται μνεία και στην προηγούμενη τεχνική προδιαγραφή, ο οποίος διαθέτει ειδική θέση στην οποία τοποθετείται η νέα συσκευασία αντιδραστηρίου, η οποία (συσκευασία) προωθείται στον δίσκο αντιδραστηρίων του αναλυτή, όταν και εφόσον το επιτρέπει η ροή αναρρόφησης και διανομής των αντιδραστηρίων των προγραμματισμένων εξετάσεων και όχι αμέσως μετά την τοποθέτηση της συσκευασίας του αντιδραστηρίου στην ειδική θέση του αναλυτή. Είναι σαφές άλλωστε και επαλλήλως των ανωτέρω ότι η συγκεκριμένη κατασκευαστική δυνατότητα δεν προσδίδει κάποιο ουσιαστικό λειτουργικό πλεονέκτημα στον αναλυτή της συγκεκριμένης εταιρείας που θα μπορούσε δήθεν κατ' επέκταση να ωφελήσει το εργαστήριο του Νοσοκομείου (εξ αιτίας και του γεγονότος ότι δεν απαιτείται συχνή προσθήκη αντιδραστηρίων κατά την διάρκεια λειτουργίας των αναλυτών, λόγω του ότι όλοι σύγχρονοι βιοχημικοί αναλυτές διαθέτουν την δυνατότητα προσθήκης πολλαπλών φιαλιδίων από το ίδιο αντιδραστήριο), αλλά αντιθέτως και παρανόμως προσδιορίζει συγκεκριμένο λειτουργικό χαρακτηριστικό του αναλυτή και εξαλείφει τον ανταγωνισμό. Επομένως, με τον ως άνω όρο των Τεχνικών Προδιαγραφών αποκλείονται δραστηριοποιούμενοι στο συγκεκριμένο αντικείμενο οίκοι, μεταξύ των οποίων και η εταιρεία μας, ενώ ο αποκλεισμός αυτός, εάν επεκταθεί στην αγορά (μέσω Διακηρύξεων και άλλων φορέων) δημιουργεί μονοπωλιακή/ολιγοπωλιακή κατάσταση απαγορευμένη από τον νόμο. Είναι ψευδοεπιπόνηση με ασήμαντη χρηστική αξία και μηδενική λειτουργική, η οποία, εκουσίως ή ακουσίως, δημιουργεί «μεθοδευμένο πλεονέκτημα» για συγκεκριμένο οίκο, μη επιτρέποντας την ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού. Στην προκείμενη Διακήρυξη, αναφορικά με το τμήμα της επιδικής σύμβασης για την Προμήθεια αντιδραστηρίων ΑΝΟΣΟΛΟΓΙΚΩΝ εξετάσεων αίματος, διαπιστώνονται τα κάτωθι: Στο ΤΜΗΜΑ 3 - ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΑΝΟΣΟΛΟΓΙΚΟΥ ΑΝΑΛΥΤΗ ΜΕΣΑΙΑΣ ΠΑΡΑΓΩΓΙΚΟΤΗΤΑΣ (ΤΥΠΟΥ Β), η προδιαγραφή 13 αναφέρει: «13. Να διαθέτει ρύγχη μιας χρήσης στην πικέτα δειγματοληψίας για να αποκλείεται 100% η επιμόλυνση δείγματος (carry over)». Όπως προαναφέραμε και εξηγήσαμε σχετικά στην τεχνική

Αριθμός απόφασης: 259 / 2019

προδιαγραφή υπ'αριθμ. 20. των Βιοχημικών αναλυτών, ο κάθε προσφερόμενος αναλυτής διαθέτει ειδικά πρωτόκολλα έκπλυσης κάθε μηχανικού μέρους που έρχεται σε επαφή με τα αντιδραστήρια, τα δείγματα και το διάλυμα της αντίδρασης και με υπολογισμούς βάσει προτύπων προκύπτει ο βαθμός επιμόλυνσης εκπεφρασμένος επί ποσοστό τοις % (carry over %). Στις περισσότερες των περιπτώσεων ο βαθμός επιμόλυνσης carry over (%) είναι σημαντικά μικρότερος της βιολογικής διακύμανσης των ανοσοχημικών παραμέτρων, οπότε και αμελητέος. Εξ όσων γνωρίζουμε οι ανοσολογικοί αναλυτές μόνο δύο εταιρειών διαθέτουν ρύγχη μιας χρήσεως στην πιπέτα δειγματοληψίας (... και ...). Συνεπώς θα μπορούσε να θεωρηθεί ότι αναπτύσσεται κάποιου είδους ανταγωνισμός στο συγκεκριμένο τμήμα του διαγωνισμού. Όμως, η συγκεκριμένη τεχνική προδιαγραφή σε συνδυασμό με την απαίτηση της διακήρυξης περί προσφοράς αντιδραστηρίου για την εξέταση ... (No 12 του Πίνακα ανοσολογικών εξετάσεων) και την τεχνική προδιαγραφή No 21 που αναφέρει ότι: «Ο ανοσολογικός αναλυτής θα πρέπει να εκτελεί το σύνολο των απαραίτητων εξετάσεων που ακολουθούν», καταστρατηγεί και πάλι κάθε έννοια ανταγωνισμού οδηγώντας και πάλι την προμήθεια σε μία και μοναδική εταιρεία, που είναι η ίδια εταιρεία με αυτήν που περιγράφεται και στο τμήμα που αφορά τους βιοχημικούς αναλυτές, δηλαδή την «...». Ειδικότερα, μόνο η συγκεκριμένη εταιρεία μπορεί να καλύψει ΤΑΥΤΟΧΡΟΝΩΣ την απαίτηση της διακήρυξης περί προσφοράς αντιδραστηρίου για την εξέταση ... και την απαίτηση ρυγμών μιας χρήσης στην πιπέτα δειγματοληψίας. Η έτερη εταιρεία, ήτοι η εταιρεία ... διαθέτει κατ' αρχήν δύο κατηγορίες ανοσολογικών αναλυτών. Η πρώτη κατηγορία αναλυτών διαθέτει ρύγχη μιας χρήσης στην πιπέτα δειγματοληψίας αλλά δεν διαθέτει αντιδραστήριο για την εξέταση ... (No 12 του Πίνακα ανοσολογικών εξετάσεων), ενώ η δεύτερη κατηγορία αναλυτών διαθέτει αντιδραστήριο για την εξέταση ... (No 12 του Πίνακα ανοσολογικών εξετάσεων) αλλά δεν διαθέτει ρύγχη μιας χρήσης στην πιπέτα δειγματοληψίας. Συνεπώς, βάσει των ως άνω προδιαγραφών στον επίδικο διαγωνισμό και πάλι δύναται να συμμετάσχει μία και μοναδική εταιρεία, ήτοι η «...», η οποία φυσικά είναι η ίδια με την μία και μοναδική εταιρεία που δύναται να συμμετάσχει και στο

Αριθμός απόφασης: 259 / 2019

τμήμα του διαγωνισμού που αφορά στην προμήθεια των αντιδραστηρίων και αναλυτών για την εκτέλεση των βιοχημικών εξετάσεων. Με δεδομένο ότι απαγορεύεται, κατά κανόνα, η θέσπιση προδιαγραφών που περιορίζουν αδικαιολόγητα τον κύκλο των διαγωνιζομένων επιχειρήσεων εστιάζοντας σε έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα ο οποίος αποκλειστικά καλύπτει τις συγκεκριμένες προδιαγραφές, ο ως άνω όρος της Διακήρυξης καθίσταται παράνομος ως «φωτογραφίζων» την εταιρεία «...» και ως εκ τούτου πρέπει να τροποποιηθεί, άλλως να ακυρωθεί. Εκ των ως άνω ευχερώς συνάγεται ότι δεν είναι νόμιμοι οι ως άνω όροι των Τεχνικών Προδιαγραφών της Διακήρυξης, δοθέντος ότι: α) παραβιάζουν προδήλως τις γενικές αρχές της ισότιμης μεταχείρισης, της διαφάνειας και του ανοίγματος στον ανταγωνισμό, β) είναι «φωτογραφίζοντες» μοναδικώς την εταιρεία «...», γ) υποστηρίζει ότι υπάρχει έλλειψη ειδικής και εμπειριστατωμένης αιτιολογίας».

10. Αναφορικά με τον πρώτο λόγο της προσφυγής στην παρ. 1 του άρθρου 18 του ν. 4412/2016, που διέπει τον ένδικο διαγωνισμό, υπό τον τίτλο «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)», ορίζεται ότι: «Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των

Αριθμός απόφασης: 259 / 2019

διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων». Επίσης, στο άρθρο 54 του ίδιου νόμου, που φέρει τον τίτλο «Τεχνικές προδιαγραφές (άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)», ορίζεται ότι: «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται στην περίπτωση 1 του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α΄ παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών... 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, β) με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και, με σειρά προτεραιότητας, σε εθνικά πρότυπα που αποτελούν μεταφορά ευρωπαϊκών πρότυπων, σε ευρωπαϊκές τεχνικές εγκρίσεις, σε κοινές τεχνικές προδιαγραφές, σε διεθνή πρότυπα, σε άλλα τεχνικά συστήματα αναφοράς που έχουν θεσπιστεί από ευρωπαϊκούς οργανισμούς τυποποίησης ή - όταν αυτά δεν υπάρχουν - σε εθνικά πρότυπα, σε εθνικές τεχνικές εγκρίσεις ή σε εθνικές τεχνικές προδιαγραφές στον τομέα του σχεδιασμού, του υπολογισμού και της εκτέλεσης των έργων και της χρησιμοποίησης των αγαθών, κάθε παραπομπή συνοδεύεται από τον όρο ή «ισοδύναμο», γ) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις κατά τα οριζόμενα στην περίπτωση α΄, με παραπομπή, ως τεκμήριο συμβατότητας προς τις εν λόγω επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β΄, δ) με παραπομπή στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β΄ για ορισμένα χαρακτηριστικά και με παραπομπή στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις που αναφέρονται στην περίπτωση α΄ για ορισμένα άλλα χαρακτηριστικά. 4. Οι τεχνικές προδιαγραφές, εκτός εάν δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, δεν

Αριθμός απόφασης: 259 / 2019

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. Η εν λόγω μνεία επιτρέπεται, κατ' εξαίρεση, όταν δεν είναι δυνατόν να γίνει επαρκώς προσδιορισμένη και κατανοητή περιγραφή του αντικείμενου της σύμβασης κατ' εφαρμογή της παρ. 3. Η κείμενη νομοθεσία παρέχει στις αναθέτουσες αρχές ευρεία εξουσία διαμόρφωσης των τεχνικών προδιαγραφών των προς προμήθεια προϊόντων, με επιπρόσθετα χαρακτηριστικά, και παρέχεται η δυνατότητα να ορίζουν τις τεχνικές προδιαγραφές με αναφορά σε επιδόσεις και λειτουργικές απαιτήσεις και όχι μόνο σε πρότυπα πιστοποίησης, αλλά και με αναφορά σε συγκεκριμένη κατασκευή ή προέλευση ή ιδιαίτερη μέθοδο κατασκευής, αν αυτό δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης. Κατά την πάγια, νομολογία του Ακυρωτικού "...απαγορεύεται κατ' αρχήν η θέσπιση προδιαγραφών που περιορίζουν τον κύκλο των διαγωνιζομένων επιχειρήσεων. Δεν αποκλείεται όμως ένας τέτοιος περιορισμός, ως εκ των απαιτήσεων συγκεκριμένων προδιαγραφών, αν μόνο αυτές εξυπηρετούν αποτελεσματικά κατά την αιτιολογημένη κρίση της αρμόδιας αρχής, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, τις ανάγκες για την κάλυψη των οποίων τίθενται" (βλ. ενδ. ΕΑ ΣτΕ 466/2007, 1115/2008, 1901/2004, 507/2006, 1081/2006

11. Όσο αφορά στον πρώτο λόγο προσφυγής στο τμήμα 2 τεχνικές προδιαγραφές, όπου προσβάλλεται ο όρος της προδιαγραφής 6 "Για την πιστοποίηση των από τους κατασκευαστές των αναλυτών της καταλληλότητας της χρήσης των συγκεκριμένων αντιδραστηρίων και αναλωσίμων στον συγκεκριμένο αναλυτή", επειδή η προσφεύγουσα δεν είναι κατασκευάστρια των αναλυτών, και ισχυρίζεται ότι ο τεθείς όρος είναι δυσανάλογος σε σχέση με το αντικείμενο της ασφαλούς λειτουργίας των αντιδραστηρίων με τους αναλυτές του Νοσοκομείου. Από την επισκόπηση του φακέλου κρίνεται απαραίτητη η

Αριθμός απόφασης: 259 / 2019

ζήτηση του συγκεκριμένου, αφού λόγω και πρότερης εμπειρίας του εργαστηρίου και μάλιστα από αντιδραστήρια και αναλυτές της προσφεύγουσας εταιρείας, είναι ιδιαίτερα σημαντικό τα προσφερόμενα αντιδραστήρια και αναλώσιμα να συνδυάζονται άριστα με το συνοδό μηχάνημα, αφού αυτό είναι κρίσιμο για την έκδοση σωστών και αξιόπιστων αποτελεσμάτων. Για να επιτευχθεί αυτό, είτε θα πρέπει τα αντιδραστήρια να προέρχονται από τον ίδιο κατασκευαστικό οίκο του αναλυτή που ενδεχομένως είναι και το πιο λογικό και βέλτιστο και ισχύει με την πλειονότητα των εταιρειών, ή τουλάχιστον σε άλλη περίπτωση, ο κατασκευαστικός οίκος να πιστοποιεί ότι τα προσφερόμενα είναι κατάλληλα για χρήση με τον αναλυτή που κατασκευάζει. Από τον φάκελο προκύπτει η τωρινή κατάσταση του εργαστηρίου και τα αμέτρητα τεχνικά προβλήματα που υπάρχουν από τη μη κατάλληλη συμβατότητα μεταξύ των αντιδραστηρίων (κατασκευασμένα από την προσφεύγουσα εταιρεία) και του αναλυτή (κατασκευής ...). Προκύπτει επίσης ότι δεν αρκεί η πιστοποίηση της καταλληλότητας των αντιδραστηρίων, μόνο από τον κατασκευαστή των αντιδραστηρίων, αλλά και από τον κατασκευαστή των αναλυτών. Ακόμη, αναφορικά με την απαιτούμενη από τη Διακήρυξη πιστοποίηση, δεν μπορεί ο όρος να θεωρηθεί επιπρόσθετη τεχνική προδιαγραφή, ενώ η προσφεύγουσα δεν προβάλλει συγκεκριμένη βλάβη από τον όρο αυτόν.

12. Επειδή, τούτων δοθέντων ο πρώτος λόγος της υπό κρίσης Προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος, νόμω και ουσία.

13. Επειδή αναφορικά με το δεύτερο λόγο της προσφυγής η διακήρυξη του διαγωνισμού όπως περιγράφεται στην παράγραφο 2.2.1. του κειμένου περί δήθεν φωτογραφικής προδιαγραφής, ειδικότερα: Στο τμήμα 2 τεχνικές προδιαγραφές αυτομάτου βιοχημικού αναλυτή υγράς χημείας μεσαίας παραγωγικότητας τύπου B1, όπου προσβάλλεται ο όρος της προδιαγραφής 21 “ Να περιέχουν σύστημα για την αποφυγή επιμολύνσεων μεταξύ δειγμάτων ώστε να αποφεύγεται η επιμόλυνση δείγματος-αντιδραστηρίου 100%”, και η

Αριθμός απόφασης: 259 / 2019

προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ο τεθείς όρος, επειδή τα προϊόντα της προσφεύγουσας εξασφαλίζουν την αποφυγή επιμολύνσεων σε ποσοστό 99,9% (αντί για τα προϊόντα της ...) "θίγει την αρχή της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας, της αντικειμενικότητας καθώς και τον ανταγωνισμό γιατί δεν εξασφαλίζεται η ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων.

14. Επειδή, από την επισκόπηση του φακέλου προκύπτει ότι είναι απόλυτα απαραίτητη η αποφυγή επιμολύνσεων μεταξύ των δειγμάτων-αντιδραστηρίου κατά 100% διότι η ποιότητα των αποτελεσμάτων εξαιτίας των πιθανών επιμολύνσεων δεν είναι καλή με άμεσο αποτέλεσμα την επανάληψη πολλών εξετάσεων και ταυτόχρονη εκτόξευση του κόστους αυτών. Παράλληλα, στην εν λόγω προδιαγραφή δεν αναφέρεται η τεχνική που θα πρέπει να διαθέτει ο αναλυτής έτσι ώστε να υπάρχει αποφυγή των επιμολύνσεων. Εφόσον η προσφεύγουσα διαθέτει αναλυτή με 99,9% αποφυγή επιμόλυνσης μπορεί να το προσκομίσει προς αξιολόγηση. Επίσης τα περί φωτογραφικής διάταξης υπέρ συγκεκριμένης εταιρείας καταρρίπτεται περίτρανα από το γεγονός ότι η ίδια η προσφεύγουσα αναφέρει στο σημείο 2.2.12 ότι και η εταιρεία ... δε διαθέτει τελικά 100% αποφυγή επιμόλυνσης, αφού τελικά χρησιμοποιεί και άλλες τεχνικές που έχουν ως αποτέλεσμα ποσοστό επιμόλυνσης μικρότερου του 100%. Σε κάθε περίπτωση για την άμεση και απρόσκοπτη έκδοση αποτελεσμάτων χωρίς επιπλέον κόστος, είναι απαραίτητη η αποφυγή επιμολύνσεων από δείγμα σε δείγμα. Επειδή, ο λόγος αυτός, ο οποίος πλήττει όρο της διακήρυξης με προβαλλόμενη αιτίαση ότι φωτογραφίζονται τα προϊόντα συγκεκριμένης εταιρείας, δεν είναι βάσιμος, προεχόντως διότι το γεγονός της ταύτισης της πληττόμενης προδιαγραφής με συγκεκριμένα προϊόντα δεν αρκεί ώστε να θεωρηθεί ότι η σχετική πρόβλεψη είναι φωτογραφική (πρβλ. ΕπΑνΣτΕ 1140/2010, 1024-1025/2010).

15. Επειδή, τούτων δοθέντων ο δεύτερος λόγος της υπό κρίσης Προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος, νόμω και ουσία.

Αριθμός απόφασης: 259 / 2019

16. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον τρίτο λόγο της Προσφυγής όπως αναφέρεται στο 2.2.14 του κειμένου προσφυγής που περιγράφεται στην παράγραφο 2.2.1. του κειμένου σελ.22 επ, ειδικότερα: Στο τμήμα 2 τεχνικές προδιαγραφές αυτομάτου βιοχημικού αναλυτή υγράς χημείας μεσαίας παραγωγικότητας τύπου B1, όπου προσβάλλεται ο όρος της προδιαγραφής 23 “Για λόγους εύρυθμης λειτουργίας του εργαστηρίου, είναι απαραίτητος ο αναλυτής να είναι συνεχούς φόρτωσης αντιδραστηρίων δηλαδή να είναι δυνατή η φόρτωση νέων αντιδραστηρίων χωρίς να διακόπτεται η λειτουργία του αναλυτή”, και ισχυρίζεται ότι ο τεθείς όρος προσδιορίζει συγκεκριμένο λειτουργικό χαρακτηριστικό του αναλυτή και εξαλείφει τον ανταγωνισμό και ότι την αποκλείει και δημιουργεί μονοπωλιακή/ολιγοπωλιακή κατάσταση απαγορευμένη από τον νόμο.

17. Επειδή, από την επισκόπηση του φακέλου προκύπτει ότι για την ομαλή και απρόσκοπτη λειτουργία του εργαστηρίου ιδιαίτερα κατά τις ώρες αιχμής, όπου παρατηρείται μεγάλη συγκέντρωση δειγμάτων με πολυάριθμες εξετάσεις προς εκτέλεση, είναι απαραίτητη η συνεχής πρόσβαση και φόρτωση δειγμάτων αλλά και αντιδραστηρίων επί του αναλυτή χωρίς καμία διακοπή στη λειτουργία του αναλυτή, κάτι που δε συμβαίνει τώρα με τον αναλυτή της προσφεύγουσας εταιρείας, με αποτέλεσμα σημαντικές καθυστερήσεις στη διεκπεραίωση του καθημερινού έργου. Παράλληλα, η συγκεκριμένη απαίτηση δεν καλύπτεται μόνο από έναν αναλυτή όπως αναφέρει η προσφεύγουσα, αλλά και από αναλυτή της εταιρείας ... και το μοντέλο Από τα κατατεθειμένα στοιχεία, η προσφεύγουσα εταιρεία αντιπροσωπεύει το συγκεκριμένο οίκο, αλλά προφανώς επιθυμεί να προσφέρει το παλαιότερο μοντέλο ... που δε διαθέτει το συγκεκριμένο γνώρισμα. Σε κάθε περίπτωση η συγκεκριμένη απαίτηση δεν είναι φωτογραφική και υπάρχει σε άλλους αναλυτές.

18. Επειδή, τούτων δοθέντων ο λόγος αυτός της υπό κρίσης Προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος, νόμω και ουσία.

Αριθμός απόφασης: 259 / 2019

19. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον τέταρτο λόγο της Προσφυγή της υποστηρίζει ότι περιλαμβάνεται στο 2.3.1 επόμενα σελ.24 επ. της προσφυγής ειδικότερα: Στο τμήμα 3 τεχνικές προδιαγραφές ανοσολογικού αναλυτή μεσαίας παραγωγικότητας τύπου Β, προδιαγραφή 13 για ρύγχη μίας χρήσης στην πιπέτα, σε συνδυασμό με τον όρο περί προσφοράς αντιδραστηρίου για την εξέταση ..., για τα οποία η προσφεύγουσα ισχυρίζεται καταστρατήγηση ανταγωνισμού, και ότι θεσπίζονται προδιαγραφές που περιορίζουν αδικαιολόγητα τον κύκλο των διαγωνιζομένων επιχειρήσεων και ότι ο όρος είναι παράνομος γιατί φωτογραφίζει την εταιρεία

20. Επειδή από την επισκόπηση του φακέλου προκύπτει ότι η εξέταση ... φυσικά δύναται να εκτελεστεί και σε πληθώρα άλλων αναλυτών όπως αναφέρει η προσφεύγουσα, ήτοι για παράδειγμα η ... με τους αναλυτές ... και ... σε συνδυασμό με το διαχειριστή δειγμάτων ..., μπορεί να καλύψει τα απαιτούμενα (διαθέτει ρύγχη μίας χρήσεως στην πιπέτα δειγματοληψίας). Άρα δεν είναι φωτογραφικές οι διατάξεις. Η μέτρηση της οστεοκαλσίνης αποτελεί σημαντική εξέταση για την παρακολούθηση των οστικών νεοπλασμάτων καθώς και την παρακολούθηση των οστεοπορωτικών καταστάσεων σε γυναίκες που είναι σύνηθες στην ευρύτερη περιοχή.

21. Επειδή, τούτων δοθέντων ο τέταρτος λόγος της υπό κρίσης Προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος, νόμω και ουσία.

22. Επειδή, τούτων ούτως εχόντων, προκύπτει ότι οι λόγοι που προβάλλονται με την υπό κρίση Προσφυγή θα πρέπει να απορριφθούν ως νόμω και ουσία αβάσιμοι, αφού τηρήθηκε από την αναθέτουσα αρχή το κείμενο κανονιστικό πλαίσιο για τη διακήρυξη του διαγωνισμού.

23. Επειδή, κατ' ακολουθίαν η υπό κρίση Προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί ως νόμω και ουσία αβάσιμη.

24. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα ποσού ποσού 920,00 € (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό...) Ευρώ, πρέπει να καταπέσει.

Αριθμός απόφασης: 259 / 2019

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου ποσού ΕΥΡΩ
(920,00)

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 19 Φεβρουαρίου 2019 και εκδόθηκε στις
12 Μαρτίου 2019 και υπογράφηκε αυθημερόν από την Πρόεδρο και την
Γραμματέα σύμφωνα με το άρθρο 18 παράγραφος 3 του πδ 39/2017.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Νεκταρία – Πηνελόπη Ταμανίδη

Ευαγγελία Ζαφειράτου