

**Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)
1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 8 Οκτωβρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αψοκάρδου Πρόεδρος, Ευαγγελία Μιχολίτση -Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη (αρ. 1/2018 Απόφαση Ολομέλειας Α.Ε.Π.Π. – Θέμα 4ο).

Για να εξετάσει την από 30/8/2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ/869/31-8-2018 της εταιρείας με την επωνυμία «...», με έδρα τη ..., ..., κτίριο ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του Πανεπιστημιακού Γενικού Νοσοκομείου «...», νομίμως εκπροσωπούμενου

Με την Προδικαστική Προσφυγή η αιτούσα επιδιώκει να ακυρωθεί η απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της 15ης Συνεδρίασης της 31-07-2018, (θέμα 22ο, ΑΔΑ: ...) η οποία εγκρίνει το υπ' αριθμ. 26580/23-07-2018 Πρακτικό της Επιτροπής του Διαγωνισμού, ούτως ώστε να κριθεί για το επίμαχο τμήμα του διαγωνισμού ως τεχνικά μη αποδεκτή η προσφορά της ανταγωνίστριας εταιρίας «...».

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ευαγγελία Μιχολίτση

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής έχει καταβληθεί e-παράβολο, ύψους 761,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., ηλεκτρονικό μήνυμα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων ως αποδεικτικό πληρωμής με κάρτα την 30/8/2018, εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ του e-παραβόλου με αναφορά αυτόματης δέσμευσης και δήλωση κατάστασης «δεσμευμένο»).

Αριθμός απόφασης: 903/2018

2.Επειδή με την υπ' αρ. πρωτ. 22652/30-06-2017 Διακήρυξη η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε διεθνή δημόσιο ανοικτό διαγωνισμό για την «Προμήθεια αντιδραστηρίων» εργαστηρίων (CPV: 33696500-0 Αντιδραστήρια εργαστηρίων) που υποδιαιρείται σε 10 Τμήματα, εκτιμώμενης αξίας 2.000.214,48 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής. Επισημαίνεται ότι ο προϋπολογισμός του επίμαχου τμήματος (9ο- Αντιδραστήρια Αλληλούχισης Νέας Γενιάς NGS) ανέρχεται στο ποσό των 152.184,00 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

3. Επειδή η ως άνω προκήρυξη απεστάλη στις 30/6/2017 προς δημοσίευση στο Συμπλήρωμα της Επίσημης Εφημερίδας των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (...), αναρτήθηκε στις 21/7/2017 (ως ορθή επανάληψη) στο ΚΗΜΔΗΣ (Α.Δ.Α.Μ. ...) και αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ λαμβάνοντας αριθμό Συστήματος

4. Επειδή τόσο η προσφεύγουσα όσο και η εταιρεία «...» έχουν υποβάλει τις με αύξοντα αριθμό 86510 και 86495 προσφορές αντίστοιχα.

5. Επειδή με την απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής κατά την 15η Συνεδρίαση της 31-07-2018, (θέμα 22ο, ΑΔΑ: ...), η οποία κοινοποιήθηκε σε όλους τους ενδιαφερομένους την 21-8-2018, αποφασίστηκε: α) η έγκριση του υπ' αριθμ. 26580/23-07-18 πρακτικού διενέργειας (ηλεκτρονική αποσφράγιση και αξιολόγηση υποφακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικής προσφοράς) του ... ανοιχτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού (αριθμ. ΕΣΗΔΗΣ ...) για την προμήθεια Αντιδραστηρίων Εργαστηρίων, β) η συνέχιση του υπ' αριθμ. ... ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού (αριθμ. ΕΣΗΔΗΣ ...) με την ηλεκτρονική αποσφράγιση της οικονομικής προσφοράς των τεχνικά αποδεκτών εταιρειών, γ) η ματαίωση του εν λόγω διαγωνισμού για τα είδη για τα οποία δεν κατατέθηκε καμία προσφορά.

6. Επειδή το ως άνω αναφερόμενο πρακτικό διενέργειας διαγωνισμού ως προς την προσφορά της προσφεύγουσας και της εταιρείας «...» αναφέρει αυτολεξεί τα εξής: «..... Η προσφορά της εταιρείας Κατά την εξέταση της

Αριθμός απόφασης: 903/2018

τεχνικής προσφοράς της ανωτέρω εταιρείας, η Επιτροπή: «...• έκρινε αποδεκτή την τεχνική προσφορά για το Τμήμα 9 «ΑΝΤΙΔΡΑΣΤΗΡΙΑ ΑΛΛΗΛΟΥΧΙΣΗΣ ΝΕΑΣ ΓΕΝΙΑΣ (NGS)» που περιλαμβάνει τα είδη με Α/Α 583 έως 592, καθώς ικανοποιούν το αίτημα της διαπίστευσης μέσω πιστοποίησης της εξέτασης από εταιρία ανάλυσης, αξιολόγησης και πιστοποίησης κατά ISO15189..... 5. Η προσφορά της εταιρείας ... Κατά την εξέταση της τεχνικής προσφοράς της ανωτέρω εταιρείας, η Επιτροπή:... •έκρινε ακατάλληλη την τεχνική προσφορά για το Τμήμα 9 «ΑΝΤΙΔΡΑΣΤΗΡΙΑ ΑΛΛΗΛΟΥΧΙΣΗΣ ΝΕΑΣ ΓΕΝΙΑΣ (NGS)», που περιλαμβάνει τα είδη με Α/Α 583 έως 592, καθώς από το σύνολο των εξετάσεων μόνο το είδος με Α/Α 588 διαθέτει πιστοποίηση CE/IVD ή άλλο τρόπο διακρίβωσης της εξέτασης».

7. Επειδή η προσφεύγουσα κατέθεσε στις 30/8/2018 στον διαδικτυακό τόπο διαγωνισμού την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή μετά σχετικών εγγράφων, νομίμως υπογεγραμμένη, έχοντας κάνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ/τος 39/2017 την οποία κοινοποίησε στην ΑΕΠΠ αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

8. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας δαπάνης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

9. Επειδή η Αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 9 του π.δ 39/2017, κοινοποίησε στις 31/8/2018 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της προσφυγής.

10. Επειδή σε συνέχεια ενσωματωμένου στην προσφυγή αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας εκδόθηκε η με αριθμό Α398/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ με την οποία ανεστάλη η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση απόφαση της ΑΕΠΠ επί της προδικαστικής προσφυγής.

11. Επειδή η προσφεύγουσα με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ισχυρίζεται τα εξής: «Στην προκειμένη περίπτωση, η εταιρία μας συμμετείχε στην ένδικη διαγωνιστική διαδικασία, υποβάλλοντας νομοτύπως την

Αριθμός απόφασης: 903/2018

προσφορά της, μεταξύ άλλων και για το ένδικο Τμήμα 9 (Αντιδραστήρια Αλληλούχισης Νέας Γενιάς NGS).

Με τη προσβαλλόμενη πράξη της η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά της εταιρίας μας για το ένδικο τμήμα, με την ακόλουθη αιτιολογία:

- έκρινε ακατάλληλη την τεχνική προσφορά για το Τμήμα 9 «ΑΝΤΙΔΡΑΣΤΗΡΙΑ ΑΛΛΗΛΟΥΧΙΣΗΣ ΝΕΑΣ ΓΕΝΙΑΣ (NGS)», που περιλαμβάνει τα είδη με A/A 583 έως 592, καθώς από το σύνολο των εξετάσεων μόνο το είδος με A/A 588 διαθέτει πιστοποίηση CE/IVD ή άλλο τρόπο διακρίβωσης της εξέτασης.

Η ανταγωνίστρια εταιρία ... ήταν η μόνη που υπέβαλε επίσης προσφορά για το ένδικο τμήμα, η οποία (προσφορά) κρίθηκε αποδεκτή με την ίδια προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής, με την ακόλουθη αιτιολογία:

- έκρινε αποδεκτή την τεχνική προσφορά για το Τμήμα 9 «ΑΝΤΙΔΡΑΣΤΗΡΙΑ ΑΛΛΗΛΟΥΧΙΣΗΣ ΝΕΑΣ ΓΕΝΙΑΣ (NGS)» που περιλαμβάνει τα είδη με A/A 583 έως 592, καθώς ικανοποιούν το αίτημα της διαπίστευσης μέσω πιστοποίησης της εξέτασης από εταιρία ανάλυσης, αξιολόγησης και πιστοποίησης κατά ISO15189.

Από την επισκόπηση των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης για το ένδικο Τμήμα 9, όπως αυτές περιγράφονται αναλυτικά στις σελ. 49-50, προκύπτει ότι για όλα τα είδη με A/A 583-592 ζητείται ρητώς αφενός μεν το προσφερόμενο kit να είναι πιστοποιημένο για *in vitro* διαγνωστική χρήση - CE/IVS, αφετέρου δε να συμπεριλαμβάνεται ειδικό λογισμικό CE/IVD για την αξιολόγηση των αποτελεσμάτων. Η μη πλήρωση της εν λόγω προδιαγραφής οδήγησε, άλλωστε, όπως προεκτέθηκε στην απόρριψη της προσφοράς της εταιρίας μας.

Εντούτοις, η ίδια πλημμέλεια, ήτοι η μη πλήρωση της ίδιας ακριβώς προδιαγραφής, εντοπίζεται και στην προσφορά της άνω συνδιαγωνιζόμενης εταιρίας ... Αναλυτικότερα, όπως προκύπτει από το υποβληθέν φύλλο συμμόρφωσης, ενώ για τα με A/A 583,584 είδη αναφέρεται ότι αυτά είναι «... πιστοποιημένα για *in vitro* διαγνωστική χρήση (CE-IVD) ... και ... συνοδεύονται από ειδικό λογισμικό (CE/IVD) για την αξιολόγηση αποτελεσμάτων...» και

Αριθμός απόφασης: 903/2018

προσκομίζονται οι σχετικές δηλώσεις συμμόρφωσης, δεν ισχύει το ίδιο, ωστόσο, και για τα με A/A 585, 586, 587,588,589, 591,592 είδη. Γι' αυτά, η συνδιαγωνιζόμενη εταιρία ... αναφέρει απλώς ότι: «... Επιπρόσθετα, προσφέρεται η δυνατότητα πιστοποίησης της εξέτασης, η οποία δύναται να ολοκληρωθεί μέσα σε 21 ημέρες από εταιρία ανάλυσης, αξιολόγησης και πιστοποίησης κατά ISO15189 NGS εξετάσεων...». Πιστοποιητικό ή δήλωση συμμόρφωσης CE/IVD για τα είδη αυτά δεν προσκομίζεται. Επιπλέον, στο είδος με A/A 590 αναφέρεται μόνο ότι «... Το kit θα συνοδεύεται από ειδικό CE- IVD λογισμικό για την ανάλυση των αποτελεσμάτων...», χωρίς να υπάρχει η παραμικρή αναφορά στο ότι το kit είναι πιστοποιημένο με τεχνολογία Next Generation Sequencing CE-IVD, όπως ζητείται από τη διακήρυξη. Επομένως, καθίσταται πρόδηλο ότι ούτε τεκμηριώνεται ούτε αποδεικνύεται η πλήρωση της εν λόγω τεχνικής προδιαγραφής για τα με A/A 585, 586, 587, 588, 589, 591, 592 είδη του Τμήματος 9 από τη συνδιαγωνιζόμενη εταιρία Μόλις που χρειάζεται να σημειωθεί ότι η δήλωση συμμόρφωσης ή το πιστοποιητικό CE/IVD είναι κάτι εντελώς διαφορετικό από την πιστοποίηση ISO. Παραλείπουμε οποιοδήποτε περαιτέρω σχόλιο, ως αυτονόητο.

Κατόπιν τούτων, η αιτιολογία της αναθέτουσας αρχής σύμφωνα με την οποία κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά της εταιρίας ... παρίσταται πλημμελής, μη νόμιμη και ακυρωτέα, διότι αυτή (η προσφορά της) δεν πληροί την απαίτηση της διακήρυξης (τεχνική προδιαγραφή - απαραίτητος όρος) για πιστοποίηση CE/IVD για τα είδη με A/A 585,586,587, 588, 589, 591, 592. Η αόριστη αναφορά στο υποβληθέν φύλλο συμμόρφωσης περί της παροχής απλώς δυνατότητας πιστοποίησης της εξέτασης από εταιρία ανάλυσης, αξιολόγησης και πιστοποίησης κατά ISO15189, χωρίς την οιασδήποτε αναφορά σε πιστοποίηση CE/IVD και την προσκομιδή του αντίστοιχου πιστοποιητικού, είναι προφανές ότι δεν αρκεί για να αιτιολογηθεί σαφώς, ειδικώς και εμπειριστατωμένα η πλήρωση της επίμαχης προδιαγραφής. Τέλος, επισημαίνουμε ότι για τον ίδιο ακριβώς λόγο, με αυτήν ακριβώς την αιτιολογία απορρίφθηκε η προσφορά της εταιρίας μας στο ένδικο Τμήμα 9, οπότε, σύμφωνα με τα προδιαλαμβανόμενα στην προεκτεθείσα νομική βάση, προς

Αριθμός απόφασης: 903/2018

διασφάλιση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, παραδεκτώς, έχοντας στο πρόσωπό μας το απαιτούμενο έννομο συμφέρον, προβάλλουμε το παρόντα λόγο ακύρωσης της προσβαλλόμενης πράξης».

12.Επειδή στις 7-9-2018, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε τις με αριθμό πρωτ. 30866/7-9-2018 απόψεις επί των αιτιάσεων της προδικαστικής προσφυγής, τις οποίες απέστειλε αυθημερόν και μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ).

13. Επειδή στις απόψεις της ως προς την προδικαστική προσφυγή η αναθέτουσα αρχή αναφέρει ειδικώς τα εξής: «Από το προεκτεθέν ιστορικό προκύπτει ότι η Επιτροπή Αξιολόγησης του εν λόγω διαγωνισμού απεδέχθη ως τεχνικά κατάλληλη την προσφορά της εταιρείας ..., καθώς για τα είδη για τα οποία δεν προσφέρει το ειδικό λογισμικό CE/IVD, προσφέρει εναλλακτικά τη δυνατότητα ανάλυσης, αξιολόγησης και πιστοποίησης των εξετάσεων κατά ISO 15189. Η επιτροπή με το υπ' αριθμ. 26580/23-07-18 πρακτικό της, το οποίο εγκρίθηκε με την προσβαλλόμενη απόφαση ΔΣ, απεφάνθη ότι η εναλλακτική αυτή δυνατότητα αντί του ειδικού λογισμικού CE/IVD, ικανοποιεί το αίτημα της διαπίστευσης των εξετάσεων. Αντίθετα, όπως προαναφέρουμε, η προσφεύγουσα εταιρεία, η οποία διαθέτει το ειδικό λογισμικό CE/IVD για ένα από τα προσφερόμενα είδη (α/α 588) δεν προσφέρει εναλλακτικό τρόπο πιστοποίησης των λοιπών προσφερόμενων εξετάσεων.

Επί της ουσιαστικής βασιμότητας της ασκηθείσας προδικαστικής προσφυγής αναφέρεται η Επιτροπή Αξιολόγησης με το προσκομιζόμενο υπ'αριθμ. πρωτ. 30596/6-9-2018 έγγραφο της (σχετ.3), με το οποίο διευκρινίζει τα εξής:

«Το σύστημα ποιότητας ISO 15189 αποτελεί σύστημα ελέγχου ποιότητας των διαδικασιών και της επάρκειας του τελικού χρήστη να εκτελεί μια εξέταση και να έχει επαρκές αποτέλεσμα. Προφανώς δεν αποτελεί ταυτόσημη έννοια με το CE/IVD, αλλά η πιστοποίηση κατά 15189 καλύπτει την ανάγκη επαναληψιμότητας και ορθού αποτελέσματος που αναμένεται από είδη με CE/IVD. Περαιτέρω ένδειξη υπερκάλυψης αποτελούν και οι οδηγίες του Εθνικού Συστήματος Διαπίστευσης (ΕΣΥΔ) στην «ΚΑΤΕΥΘΥΝΤΗΡΙΑ ΟΔΗΓΙΑ

Αριθμός απόφασης: 903/2018

ΓΙΑ ΤΗ ΔΙΑΠΙΣΤΕΥΣΗ ΚΛΙΝΙΚΩΝ ΕΡΓΑΣΤΗΡΙΩΝ ΚΑΤΑ ΕΛΟΤ ΕΝ ISO 15189» (ΕΣΥΔ ΚΟ-ΚΛΙΝΕΡΓ 01/02/30-01-2014), όπου περιγράφονται οι διαδικασίες για την διαπίστευση μοριακών δοκιμασιών, είτε αυτές διαθέτουν CE/IVD, είτε όχι («Επικύρωση εσωτερικών (in-house) δοκιμών»).

Η αλληλούχιση νέας γενιάς (NGS) στην οποία αναφέρεται η προσφυγή αποτελεί μια νέα τεχνική που επιτρέπει τον έλεγχο μεταλλαγών, ελλείψεων και συντήξεων (fusion) γονιδίων σε μεγάλη κλίμακα. Σημειώνεται ότι τα τελευταία έτη έχουν αναπτυχθεί πληθώρα νέων θεραπειών που χορηγούνται σε ασθενείς με νεοπλασμάτα και έχουν εγκριθεί νέα θεραπευτικά σε ανθεκτικά στις συνήθεις θεραπείες νεοπλασμάτα. Για την χορήγηση αυτών των θεραπειών είναι υποχρεωτική η ύπαρξη ή η απουσία συγκεκριμένων μοριακών αλλαγών που δικαιολογούν την επιλογή θεραπευτικής αντιμετώπισης (ΥΑ 49516, ΦΕΚ 1511/Β/06.06.2014).

Με βάση τα ανωτέρω, η επιτροπή δεν έκρινε απορριπτικά την προσφορά των αναφερόμενων στην προσφυγή ειδών από την εταιρεία ..., εκτιμώντας ότι η ιατρική ανάγκη του ορθού και επαναλήψιμου αποτελέσματος που είναι απαραίτητη για την εκτέλεση εξετάσεων καλύπτεται από την ανάλυση, αξιολόγηση και πιστοποίηση κατά ISO15189 από την προσφέρουσα εταιρεία».

Επειδή κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω η υπό κρίση προσφυγή είναι απαράδεκτη, νόμω και ουσία αβάσιμη».

14. Επειδή, το άρθρο 18 με τίτλο «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» προβλέπει τα εξής : «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

Αριθμός απόφασης: 903/2018

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».

15. Επειδή το άρθρο 53 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης» προβλέπει τα εξής : «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών.

16. Επειδή το άρθρο 54 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Τεχνικές Προδιαγραφές» προβλέπει 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. 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 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

Αριθμός απόφασης: 903/2018

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 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 αντικειμένου της σύμβασης κατ' εφαρμογή της παρ. 3. Η εν λόγω μνεία συνοδεύεται από τον όρο «ή ισοδύναμο». 5. Όταν η αναθέτουσα αρχή χρησιμοποιεί τη δυνατότητα παραπομπής στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' της παρ. 3, δεν απορρίπτει προσφορά με την αιτιολογία ότι τα προσφερόμενα έργα, αγαθά ή οι υπηρεσίες δεν πληρούν τις τεχνικές προδιαγραφές στις οποίες έχει παραπέμψει, εφόσον ο προσφέρων αποδεικνύει στην προσφορά του, με κάθε ενδεδειγμένο μέσο, συμπεριλαμβανομένων των αποδεικτικών μέσων που αναφέρονται στο άρθρο 56, ότι οι λύσεις που προτείνει πληρούν κατά

Αριθμός απόφασης: 903/2018

ισοδύναμο τρόπο τις απαιτήσεις που καθορίζονται από τις τεχνικές προδιαγραφές.6. Όταν η αναθέτουσα αρχή χρησιμοποιεί τη δυνατότητα που αναφέρεται στην περίπτωση α' της παρ. 3 για τη διατύπωση των τεχνικών προδιαγραφών με αναφορά στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις, δεν απορρίπτει προσφορά έργων, αγαθών ή υπηρεσιών που πληρούν ένα εθνικό πρότυπο το οποίο αποτελεί μεταφορά ευρωπαϊκού προτύπου, μία ευρωπαϊκή τεχνική έγκριση, μία κοινή τεχνική προδιαγραφή, ένα διεθνές πρότυπο ή ένα τεχνικό πλαίσιο αναφοράς που έχει εκπονηθεί από έναν ευρωπαϊκό οργανισμό τυποποίησης, εφόσον οι εν λόγω προδιαγραφές καλύπτουν τις επιδόσεις ή τις λειτουργικές απαιτήσεις που ορίζει. Ο προσφέρων αποδεικνύει στην προσφορά του, με κάθε ενδεδειγμένο μέσο, συμπεριλαμβανομένων και εκείνων που αναφέρονται στο άρθρο 56, ότι το έργο, η αγαθό ή η υπηρεσία που πληροί το πρότυπο ανταποκρίνεται στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις τις οποίες έχει ορίσει η αναθέτουσα αρχή. 7. Οι τεχνικές προδιαγραφές καθορίζονται και εγκρίνονται πριν την έναρξη της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης κατά το άρθρο 61. [...]».

17. Επειδή το άρθρο 91 του Ν. 4412/2016 με τίτλο « Λόγοι απόρριψης προσφορών» προβλέπει το εξής: «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 τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102.

γ) Για την οποία ο προσφέρων δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με το άρθρο 102.

Αριθμός απόφασης: 903/2018

δ) Η οποία είναι εναλλακτική προσφορά, αν τέτοια δεν επιτρέπεται ή, αν επιτρέπεται, δεν πληροί τις ελάχιστες απαιτήσεις των εγγράφων της σύμβασης.

ε) Η οποία υποβάλλεται από έναν προσφέροντα που έχει υποβάλει δύο ή περισσότερες προσφορές εκτός αν επιτρέπεται η υποβολή εναλλακτικής προσφοράς. Ο περιορισμός αυτός ισχύει, υπό τους όρους της περίπτωσης γ' της παραγράφου 4 του άρθρου 73 και στην περίπτωση ενώσεων οικονομικών φορέων με κοινά μέλη, καθώς και στην περίπτωση οικονομικών φορέων που συμμετέχουν είτε αυτοτελώς είτε ως μέλη ενώσεων.

στ) Προσφορά υπό αίρεση.

ζ) Στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου, μελέτης ή παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών στις περιπτώσεις α' και β' της παρ. 2 του άρθρου 95.

η) Στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης προμηθειών ή γενικών υπηρεσιών, προσφορά η οποία θέτει όρο αναπροσαρμογής, χωρίς αυτό να προβλέπεται από τα έγγραφα της σύμβασης ή, εφόσον στα έγγραφα της σύμβασης προβλέπεται η κατάθεση δειγμάτων, η μη προσήκουσα κατάθεση τους.

2. Η παράγραφος 1 εφαρμόζεται αναλόγως στο πλαίσιο της διαδικασίας αξιολόγησης των αιτήσεων συμμετοχής στην κλειστή διαδικασία, τη διαδικασία του ανταγωνιστικού διαλόγου, στην ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση ή στη σύμπραξη καινοτομίας.

18. Επειδή το άρθρο 94 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Περιεχόμενο φακέλου «Τεχνική Προσφορά» και δη στην παρ. 4 ορίζεται ρητώς το εξής : «4. Στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων προμηθειών και γενικών υπηρεσιών ο φάκελος της τεχνικής προσφοράς περιέχει ιδίως τα έγγραφα και τα δικαιολογητικά που τεκμηριώνουν την τεχνική επάρκεια, χρησιμοποιούνται για την αξιολόγηση των προσφορών και περιγράφονται στα έγγραφα της σύμβασης».

19. Επειδή οι σχετικοί όροι της διακήρυξης ορίζουν τα εξής: i) Επειδή η παράγραφος 2.4.3.2. της διακήρυξης προβλέπει ότι « Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί

Αριθμός απόφασης: 903/2018

από το Νοσοκομείο με το κεφάλαιο “Απαιτήσεις-Τεχνικές Προδιαγραφές” ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ II της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται».

ii) το άρθρο 2.4.6 «Λόγοι απόρριψης προσφορών» προβλέπει ότι: «Το Νοσοκομείο 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,

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 την παράγραφο 3.1.1. της παρούσης διακήρυξης,

γ) για την οποία ο προσφέρων δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την Νοσοκομείο σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσας και το άρθρο 102 του ν. 4412/2016,

δ) η οποία είναι εναλλακτική προσφορά,

ε) η οποία υποβάλλεται από έναν προσφέροντα που έχει υποβάλλει δύο ή περισσότερες προσφορές. Ο περιορισμός αυτός ισχύει, υπό τους όρους της παραγράφου 2.2.3.4 περ. γ της παρούσας (περ. γ' αρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016) και στην περίπτωση ενώσεων οικονομικών φορέων με κοινά μέλη, καθώς και στην περίπτωση οικονομικών φορέων που συμμετέχουν είτε αυτοτελώς είτε ως μέλη ενώσεων.

ζ) η οποία είναι υπό αίρεση,

η) η οποία θέτει όρο αναπροσαρμογής,

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».

iii) Επειδή στο οικείο παράρτημα ως προς τις τεχνικές προδιαγραφές του τμήματος 9 προβλέπεται για τα είδη με Α/Α 583-592 το CE/IVD καθώς και η

Αριθμός απόφασης: 903/2018

φράση «να συμπεριλαμβάνεται ειδικό λογισμικό (CE-IVD) για την αξιολόγηση των αποτελεσμάτων».

20.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) της διακήρυξης, 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). 47.Επειδή οι όροι των τεχνικών προδιαγραφών είναι अपαράβατοι και η απόκλιση των προσφορών από αυτές συνεπάγεται τον αποκλεισμό τους, εκτός εάν ορισμένες προδιαγραφές είναι σύμφωνα με τη διακήρυξη προαιρετικές (ΣΤΕ ΕΑ 192/2012, 291/2011, ΕΣ Τμ. Μείζ.-Επταμ. 2446/2012, Γνωμ. ΝΣΚ 521/2011).

21. 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 απορριπτές, 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 από την αρχή 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

Αριθμός απόφασης: 903/2018

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).

22. 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).

Αριθμός απόφασης: 903/2018

23. Επειδή η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, 111/2006, 597/2007 κ. ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β΄ Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 195 επ.).

24. 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)48. Επειδή, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας που διέπει την διαδικασία της αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, 111/2006, 597/2007 κ. ά.) δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων και πλήρωσης συγκεκριμένων προδιαγραφών που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

25. Επειδή, είναι θεμιτός και σύμφωνος με την αρχή της τυπικότητας, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης ο αποκλεισμός υποψηφίου λόγω μη τήρησης υποχρεώσεων που απορρέουν από τα σχετικά με τη διαδικασία και σαφή έγγραφα και την ισχύουσα εθνική νομοθεσία (βλ. εξ αντιδιαστολής Απόφαση Pippo Pizzo, C-27/2015 της 2ας Ιουνίου 2016, σκέψη 51, όπου κρίθηκε ότι δεν επιτρέπεται ο αποκλεισμός οικονομικού φορέα από διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, λόγω μη τήρσεως από τον φορέα αυτόν υποχρεώσεως η οποία δεν προκύπτει ρητώς από τα σχετικά με τη διαδικασία αυτή έγγραφα ή από την ισχύουσα εθνική νομοθεσία, αλλά από την ερμηνεία της εν λόγω νομοθεσίας και των εν λόγω εγγράφων, καθώς και από την εκ μέρους των εθνικών διοικητικών αρχών και των εθνικών δικαστηρίων συμπλήρωση των κενών των εγγράφων και της νομοθεσίας).

Αριθμός απόφασης: 903/2018

26.Επειδή η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 25 και απόφαση SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα 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 ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 27).

27.Επειδή, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις 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), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36) οπότε οιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εν θέματι προσφοράς και την υποβολή μη υποβληθέντος δικαιολογητικού ή την παροχή εναλλακτικού τρόπου πλήρωσης της σκοπιμότητας που εξυπηρετεί μια προδιαγραφή (βλ. σχετικές αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, Archus and Gama, C-131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36).

28. Επειδή, δέσμια αρμοδιότητα υπάρχει, όταν το διοικητικό όργανο, εφόσον διαπιστώσει ότι συντρέχουν οι προβλεπόμενες από τους κανόνες δικαίου πραγματικές ή νομικές προϋποθέσεις για την εφαρμογή τους, είναι υποχρεωμένο να εκδώσει διοικητική πράξη που περιέχει ορισμένη ατομική ρύθμιση, την οποία προκαθορίζουν οι κανόνες αυτοί (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 1ος τόμος, 15η έκδοση σελ. 138). Συνεπώς, αν η δημόσια διοίκηση δεν ενεργήσει - όταν ο νόμος απαιτεί ενέργεια- παρανομεί (Α. Ι. Τάχος, *Ελληνικό*

Αριθμός απόφασης: 903/2018

διοικητικό δίκαιο, 5η έκδοση, ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΣΑΚΚΟΥΛΑ, ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗ, 1996, σελ, 319).

29. Επειδή στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».

30. Επειδή, σύμφωνα με την νομολογία του ΔΕΕ (C-355/15, *Bietergemeinschaft*, σκ. 34-35), οι διατάξεις των άρθρων 1 παρ. 3 και 2α της δικονομικής οδηγίας 89/665 διασφαλίζουν το δικαίωμα ασκήσεως αποτελεσματικών προσφυγών κατά παράτυπων αποφάσεων που λαμβάνονται στο πλαίσιο διαδικασίας συνάψεως δημόσιας συμβάσεως, παρέχοντας τη δυνατότητα σε κάθε αποκλεισθέντα προσφέροντα να αμφισβητήσει όχι μόνον την απόφαση αποκλεισμού, αλλά και, επί όσο χρόνο η αμφισβήτηση αυτή δεν έχει επιλυθεί, τις μεταγενέστερες αποφάσεις που θα του προξενούσαν ζημία σε περίπτωση που κυρωνόταν ο αποκλεισμός του. Αντιθέτως, τέτοιο δικαίωμα δεν παρέχεται στον προσφέροντα που έχει αποκλεισθεί οριστικά, κατά την έννοια του άρθρου 2α παρ. 2 δεύτερο εδάφιο της οδηγίας αυτής, το οποίο ορίζει ότι «Οι προσφέροντες θεωρούνται ως ενδιαφερόμενοι εφόσον δεν έχουν αποκλεισθεί ακόμη οριστικά. Ο αποκλεισμός είναι οριστικός εφόσον έχει κοινοποιηθεί στους ενδιαφερόμενους προσφέροντες και έχει θεωρηθεί νόμιμος από ανεξάρτητο όργανο προσφυγής, ή, εάν δεν μπορεί πλέον να ασκηθεί προσφυγή» (ΕΑ ΣτΕ 106/2018).

31. Επειδή, εν προκειμένω, αποκλείσθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας με την προσβαλλόμενη πράξη, δεν έχει στραφεί αυτή εναντίον

Αριθμός απόφασης: 903/2018

της απόρριψής της κι, επομένως, έχει καταστεί τρίτη, γεγονός το οποίο δεν αμφισβητεί και η ίδια. Σχετικά ,δε, με τους ισχυρισμούς της περί απόρριψης της προσφοράς του έτερου συμμετέχοντος, όπως παγίως έχει κριθεί από τη νομολογία, δεν έχει έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, καθόσον, ως προελέχθη, με τον αποκλεισμό της καθίσταται, ως προς το διαγωνισμό αυτό, τρίτη (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 301/2011, 748/2010, 1317/2009, ΣΤΕ 2817/2008, 1450/2007 ΣΤΕ 2817/2008, 476/2006, 1450/2007, 666/2006). Η στέρηση του εννόμου συμφέροντος, εν προκειμένω, δικαιολογείται λόγω της αποσύνδεσης της αιτούσας από την προσβαλλόμενη πράξη, αλλά και λόγω της έλλειψης από την αιτούσα της ιδιότητας, κατάστασης ή σχέσης, οι οποίες προβλέπονται από το δίκαιο και δικαιολογούν την άσκηση της αιτήσεως ακυρώσεως και αντιστοίχως της προδικαστικής προσφυγής (βλ. Δημήτριος Θ. Πυργάκης, Πάρεδρος Συμβουλίου της Επικρατείας, *Το έννομο συμφέρον στη Δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017,σελ. 78).

32. Κατ' εξαίρεση, όμως, και προς διασφάλιση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, η οποία αποτελεί ειδικότερη έκφανση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας που διέπουν το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, ο αποκλεισθείς συμμετέχων με έννομο συμφέρον προβάλλει ισχυρισμούς αναφερόμενους αποκλειστικώς στην αποδοχή της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, παρά τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ίδιου με εκείνον που απετέλεσε την αιτιολογία αποκλεισμού του (πρβλ. Ε.Α. ΣΤΕ 174/2016, 44/2014, 106/2013, 380/2012, 671/2011, 1156, 329/2010, 246/2009). (ΕΑ ΣΤΕ, 274/2012 και) (πρβλ. Φ. Αρναούτογλου, *Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010*, 2η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, παρ. 141 σελ. 100 και παρ.368 σελ.230).

33. Επειδή στοιχειοθετείται εφαρμογή του ενιαίου μέτρου κρίσης εφόσον ο προσφεύγων προβάλλει ότι προσφορά έτερου συμμετέχοντος έγινε δεκτή παρόλο που παρουσίαζε τα αυτά ακριβώς προβλήματα με την προσφορά του: για παράδειγμα, έγινε δεκτή τεχνική προσφορά παρόλο που εμφανίζει την ίδια απόκλιση από τις προδιαγραφές της διακήρυξης, εξαιτίας της οποίας

Αριθμός απόφασης: 903/2018

απορρίφθηκε η δική του τεχνική προσφορά (ΣΤΕ 1265/2011, ΕΑ 352/2011, 1156/2010, 246/2009, 569, 932/2008, 43, 717, 1319/2007, 1051/2006, 351, 508/2004). Διευκρινίζεται ότι κρίσιμο, εν προκειμένω, είναι εάν εχώρησε διαφορετική εκτίμηση των αυτών πλημμελειών των προσφορών και όχι αν διαφορετικές πλημμέλειες αφορούν στο ίδιο, εν γένει, ζήτημα (ΕΑ ΣΤΕ 274/2012). Σε κάθε περίπτωση, ο σχετικός λόγος πρέπει να είναι ο ίδιος και όχι ανάλογος ή παρόμοιος (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 311, 1132/2009, Φίλης Αρναούτογλου, *Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του Ν. 3386/2010*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, σελ. 100).

34 Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η μη πλήρωση της ίδιας προδιαγραφής που οδήγησε στον αποκλεισμό της προσφοράς της (βλ. σκεπτ.19), συνιστά και τον προβαλλόμενο λόγο κατά της προσφοράς της έτερης συμμετέχουσας, οπότε στοιχειοθετείται παράβαση του ενιαίου μέτρου κρίσης, κι επομένως, δέον είναι να εξετασθεί ο προβαλλόμενος λόγος απόρριψης της προσφοράς του έτερου συμμετέχοντος.

35. Επειδή, ειδικότερα, για το Τμήμα 9 «ΑΝΤΙΔΡΑΣΤΗΡΙΑ ΑΛΛΗΛΟΥΧΙΣΗΣ ΝΕΑΣ ΓΕΝΙΑΣ (NGS)» που περιλαμβάνει τα είδη με Α/Α 583 έως 592, η προσφεύγουσα επικαλείται ότι μόνη αποδεκτή πιστοποίηση βάσει της διακήρυξης είναι η πιστοποίηση CE/IVD, την οποία δεν διέθετε για όλα τα προϊόντα ούτε η ίδια αλλά ούτε και η εταιρεία «...». Ωστόσο, η αναθέτουσα αρχή επισημαίνει ότι η προσφορά της προσφεύγουσας απερρίφθη, καθόσον δεν προσκόμισε κανένα εναλλακτικό τρόπο απόδειξης της διαπίστευσης των επίμαχων ειδών, ως έκανε η έτερη συμμετέχουσα με την πρόβλεψη δυνατότητας παροχής διαπίστευσης μέσω εταιρείας με πιστοποίηση κατά ISO 15189.

36. Επειδή, ο προβαλλόμενος λόγος, ως λόγος εμπίπτων στην εφαρμογή του ενιαίου μέτρου κρίσης συντείνει, κατά τα διαλαμβανόμενα στην οικεία προσφυγή, στην πλήρωση, υπό γενική σκοπιά, της ίδιας προδιαγραφής. Ωστόσο, κατά τον έλεγχο της πλήρωσης της προδιαγραφής, παρίσταται, καταρχήν, ότι δεν εμφιλοχώρησε κατά τη διαμόρφωση της προσαλλόμενης, διαφορετική νομική εκτίμηση της ίδιας πλημμέλειας, ήτοι δεν υπήρχε

Αριθμός απόφασης: 903/2018

διαφορετική νομική εκτίμηση των ίδιων πραγματικών περιστατικών, καθόσον επί της ουσίας η αποδοχή της προσφοράς της εταιρείας «...» ερείδεται στην αξιολόγηση και αποδοχή εναλλακτικού τρόπου διαπίστευσης, ο οποίος δεν παρέχεται από την προσφεύγουσα.

37. Επειδή, ωστόσο, για την απόφαση περί στοιχειοθέτησης παράβασης του ενιαίου μέτρου κρίσεως, κρίσιμο κατά την γραμματική ερμηνεία της πάγιας νομολογίας (βλ. ΔεφΑθ 201/2018, Δεφ Τριπ Ν14/2018, ΔεφΘεσ 39/2018, ΔεφΠειρ, 241/2018, 401/2018, ΣτΕ 3921/2013, 715/2011, Ε.Α. 344/2017, 74/2010, 952/2009, 73/2005) είναι το κατά πόσο συντρέχει πραγματικά η αυτή πλημμέλεια τόσο στην προσφορά του προσφεύγοντος όσο και του οικονομικού φορέα κατά του οποίου στρέφεται ο πρώτος.

38. Επειδή, εν προκειμένω, δεν προκύπτει από τον οικείο φάκελο ότι η εταιρεία «...» - αναφορικά με τα είδη με Α/Α 585, 586, 587,588,589, 591,592 - διαθέτει CE/IVD για το κατά περίπτωση προσφερόμενο kit ενώ και για την κάλυψη του λογισμικού πιστοποίησης των αποτελεσμάτων (CE/IVD) αναφέρει: *«... Επιπρόσθετα, προσφέρεται η δυνατότητα πιστοποίησης της εξέτασης, η οποία δύναται να ολοκληρωθεί μέσα σε 21 ημέρες από εταιρία ανάλυσης, αξιολόγησης και πιστοποίησης κατά ISO15189 NGS εξετάσεων...»*.

39. Επειδή, ως έχει παγίως κριθεί, ακόμα και αν η αιτιολογία είχε πλημμέλειες, εντούτοις η πράξη θα ήταν νόμιμη με άλλη αιτιολογία και το κύρος της πράξης δεν θα έπασχε ακυρότητα (ΣτΕ 2239/1970, 4698/1988) εφόσον η πράξη κρίνεται ορθή ως προς το διατακτικό της (βλ. Μ. ΠΙΚΡΑΜΕΝΟΣ, *Η αιτιολογία των διοικητικών πράξεων και ο ακυρωτικός δικαστικός έλεγχος*, εκδ. Σάκκουλα-Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2012, σελ. 344 επόμ.).

40. Επειδή, επομένως, ακόμη και εάν εν μέρει η αιτιολογία, καταρχήν, της απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας σφάλει ως προς το σκέλος, που αναφέρεται σε δυνητικά προσφερόμενο εναλλακτικό τρόπο διαπίστευσης, σε κάθε περίπτωση η απόρριψη είναι ορθή λόγω της μη πλήρωσης της τυπικής προϋπόθεσης του CE/IVD που προβλέπεται στις τεχνικές προδιαγραφές.

Αριθμός απόφασης: 903/2018

41. Επειδή, ωστόσο, με βάση την αρχή της τυπικότητας που διέπει τις διαγωνιστικές διαδικασίες δεν είναι θεμιτή η ευθεία παραβίαση όρων της διακήρυξης και δη η αποδοχή προσφοράς που δεν καλύπτει τις ρητώς αναφερθείσες τεχνικές προδιαγραφές αλλά τουναντίον συνιστά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας κατά τα ρητώς οριζόμενα στο άρθρο 2.4.6. της διακήρυξης να απορρίψει την οικεία προσφορά.

42. Επειδή, επομένως, στοιχειοθετείται παράβαση του ενιαίου μέτρου κρίσης, παρά τα αντιθέτως προβαλλόμενα από την αναθέτουσα αρχή, καθόσον, εν τοις πράγμασι, συντρέχει σε αμφότερες τις προσφορές ταυτόσημη πλημμύεια (βλ. ΔεφΠειρ.Ν30/2017) τουλάχιστον για κάποια είδη, οπότε παραδεκτώς στρέφεται η προσφεύγουσα κατά της προσφοράς της εταιρείας «...».

43. Επειδή, περαιτέρω, με βάση τα προλεχθέντα, κρίνεται βάσιμος ο προβαλλόμενος λόγος της υπό εξέταση προσφυγής καθώς με την προσβαλλόμενη απόφαση γίνεται αποδεκτή προσφορά που δεν καλύπτει τις τιθέμενες τεχνικές προδιαγραφές, η μη πλήρωση των οποίων οδηγεί αναπόφευκτα στην απόρριψη της σχετικής προσφοράς (βλ. σκεπτ. 20-29) .

44. Επειδή, το σύνολο των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής που επί της ουσίας εξηγεί την αποτελεσματικότητα της μεθόδου διαπίστευσης της προσφοράς της εταιρείας «...» προβάλλεται αλυσιτελώς.

45. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

46. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

47. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα ύψους επτακοσίων εξήντα ενός (761) ευρώ πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή

Αριθμός απόφασης: 903/2018

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση κατά το κεφάλαιο που κάνει δεκτή την προσφορά της εταιρείας «...».

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου ύψους επτακοσίων εξήντα ενός (761) ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 8 Οκτωβρίου 2018 και εκδόθηκε την 29η Οκτωβρίου 2018 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Ειρήνη Ε. Αποκάρδου

Η Γραμματέας

Μαρία Μανώλογλου

Αριθμός απόφασης: 903/2018

