

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 23 Σεπτεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού, Πρόεδρος, Βικτωρία Πισμίρη – Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 16.08.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1154/16.08.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρίας «... .. (... ..)» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στον, οδός ..., αρ. ...-..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

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

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθούν η υπ' αρ. .../2022 απόφαση του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής (εφεξής η «προσβαλλομένη») με την οποία η αναθέτουσα αρχή α) κήρυξε έκπτωτη αυτήν και β) ματαίωσε τη διαγωνιστική διαδικασία με α/α ΕΣΗΔΗΣ ... για τον αναλυτή «... ..», η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της και κάθε άλλη συναφής πράξη ή παράλειψη προγενέστερη ή μεταγενέστερη.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της πρώτης προσφυγής, έχει καταβληθεί το παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, ποσού 600,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών

Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την αξία του τμήματος της σύμβασης για το οποίο ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ειδικότερα για την ομάδα που αφορά τον αναλυτή «... ..» χωρίς ΦΠΑ ποσού 22.408,08 €.

2. Επειδή, η προσβαλλομένη εκδόθηκε στο πλαίσιο της υπ' αρ. .../2020 (υπ' αρ. πρωτ. .../25.02.2021) Διακήρυξης που η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε για την προμήθεια του είδους «Μετρητών Κυττάρων Αίματος (Αντιδραστήρια για προσδιορισμό Μικροβιολογικών Εξετάσεων) με ταυτόχρονη παραχώρηση συνοδού εξοπλισμού» CPV ...-... για τις ανάγκες του Γενικού Νοσοκομείου «...- ...» με ανοικτή διαδικασία μέσω ΕΣΗΔΗΣ (α/α ..., ..., ..., ..., ..., ..., ...) με εκτιμώμενη αξία ποσού 177.419,35€ χωρίς ΦΠΑ. Σύμφωνα με το άρ. 1.3 της Διακήρυξης, προσφορές εδύναντο να υποβληθούν για Α) μία ή περισσότερες από τις ομάδες (με παραχώρηση συνοδού εξοπλισμού) 1,2,3,4,5,6 αλλά υποχρεωτικά για το σύνολο των ειδών και των ποσοτήτων αυτών ανά ομάδα, Β) την ομάδα Καλλιέργειες Μικροβιολογικού χωρίς συνοδό εξοπλισμό για το σύνολο ή για μέρος των ειδών της ομάδας αλλά υποχρεωτικά για το σύνολο της ζητούμενης ποσότητας ανά είδος, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας- τιμής, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρ. 2.3.1 της Διακήρυξης. Η ως άνω διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 05.03.2021, έλαβε ΑΔΑΜ ..., και στο ΕΣΗΔΗΣ, το δε τμήμα που αφορά στον αναλυτή «... ..» έλαβε συστημικό α/α

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που η αναθέτουσα αρχή ασκεί και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, η δε ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή κατατέθηκε εμπρόθεσμα την 16.08.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού μέσω

της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 και κοινοποιήθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου αυθημερόν, δοθέντος ότι η προσβαλλομένη κοινοποιήθηκε στις 04.08.2022 μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στην προσφεύγουσα, ήτοι την αμέσως επόμενη εργάσιμη ημέρα μετά την προθεσμία κατ' άρ. 361, παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και άρ. 4, παρ. 1 του π.δ. 39/2017. Ασκείται δε μετ' εννόμου συμφέροντος διότι η προσφεύγουσα, μοναδική συμμετέχουσα στην διαγωνιστική διαδικασία, προσφέρουσα αντιδραστήρια με συνοδό εξοπλισμό για την ομάδα που αφορά στον αναλυτή «... ΚΑΙ ...», αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος, ακολούθως, δυνάμει της προσβαλλομένης, κηρύχθηκε έκπτωτη, σύμφωνα με το υπ' αρ. 105 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, λόγω άρνησης υπογραφής της σύμβασης, και η σχετική διαγωνιστική διαδικασία για τον ως άνω αναλυτή ματαιώθηκε, επιδιώκει δε την ακύρωση αυτής και της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της, υποστηρίζοντας ότι μη νομίμως κηρύχθηκε έκπτωτη.

5. Επειδή στις 17.08.2022 η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε διά μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή προς όλους τους συμμετέχοντες, σύμφωνα με το άρ. 365, παρ. 1, σημ. α' του Ν. 4412/2016 και το άρ. 9, παρ. 1, σημ. α' του π.δ. 39/2017.

6. Επειδή, με την υπ' αρ. 1631/2022 Πράξη της Προέδρου του 2^{ου} Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης, κλήθηκε δε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής και του αιτήματος αναστολής- χορήγησης προσωρινών μέτρων.

7. Επειδή στις 26.08.2022 εκδόθηκε η υπ' αρ. Α644/2022 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ η οποία έκανε δεκτό το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας της προσφεύγουσας και διέταξε τη μη έκδοση νέας Διακήρυξης προς διενέργεια διαγωνισμού με το αυτό αντικείμενο της επίμαχης ομάδας που αφορά στον αναλυτή «... ...», εάν δε εχώρησε ήδη επαναπροκήρυξη, την αναστολή της νέας διαγωνιστικής διαδικασίας, έως την έκδοση απόφασης επί

της προδικαστικής προσφυγής και την αναστολή της προσβαλλομένης, κατά το σκεπτικό της απόφασης.

8. Επειδή στις 30.08.2022 η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε τις υπ' αρ. πρωτ. 23584/30.08.2022 απόψεις της επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής.

9. Επειδή στις 05.09.2022 η προσφεύγουσα κοινοποίησε εμπροθέσμως το με ίδια ημερομηνία υπόμνημά της, ήτοι την αμέσως επόμενη εργάσιμη ημέρα μετά την οριζόμενη προθεσμία στο άρ. 365,παρ. 1 τελ. εδάφιο του Ν. 4412/2016.

10. Επειδή με την προσβαλλομένη με θέμα 2 «*Αδυναμία υπογραφής της με α.π. .../16-5-2022 σύμβασης με την εταιρεία Δ/ξης .../2020 για την προμήθεια Μετρητών Κυττάρων Αίματος (Αντιδραστήρια για προσδιορισμό Μικροβιολογικών Εξετάσεων) και για τον συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ*», το Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής ομόφωνα αποφάσισε να εγκρίνει «*Α) την κήρυξη της εταιρείας έκπτωτης βάσει των οριζόμενων στο άρθρο 105 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, λόγω άρνησης υπογραφής της σύμβασης και Β) τη ματαίωση του με α/α συστήματος ΕΣΗΔΗΣ και ... της Δ/ξης 10ΔΙΣ/2020 για την προμήθεια Μετρητών Κυττάρων Αίματος (Αντιδραστήρια για προσδιορισμό Μικροβιολογικών Εξετάσεων), δεδομένου ότι η εταιρεία αποτελούσε τον μοναδικό προσφέροντα στον συγκεκριμένο συστημικό ΕΣΗΔΗΣ.*».

11. Επειδή, με τον μόνο λόγο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι μη νομίμως η προσβαλλομένη κήρυξε έκπτωτη αυτήν, σύμφωνα με το υπ' αρ. 105 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, λόγω άρνησης υπογραφής της σύμβασης από μέρους της, χωρίς να διευκρινίζει σχετικώς για το αν καταπίπτει η εγγύηση συμμετοχής της και ειδικότερα επισημαίνει ότι, ενόψει πως εκπροθέσμως έλαβε χώρα η ανανέωση ισχύος της προσφοράς της, που πρέπει να λάβει χώρα εντός της συμβατικής προθεσμίας και όχι μετά τη λήξη αυτής, ισχυρίζεται πως η προσφορά της θεωρείται ότι έχει αποσυρθεί και ως εκ τούτου ότι μη νομίμως

η αναθέτουσα αρχή την κήρυξε έκπτωτη. Επιπλέον, παραθέτει τα άρθρα 105, 203, 204 και 104 του Ν. 4412/2016 και υποστηρίζει ότι η αναθέτουσα αρχή απέστειλε σε αυτήν πρόσκληση με την οποία την καλούσε παρανόμως όπως εντός 10 ημερών και όχι 15 ημερών που ορίζει ο νόμος όπως προβεί σε υπογραφή ανωτέρα βία για την οποία τα σχετικά αποδεικτικά προσκόμισε στην αναθέτουσα αρχή μιας σύμβασης που από τον Δεκέμβριο του 2021 την είχε ενημερώσει ότι τελεί σε αντικειμενική αδυναμία εκτέλεσής της άνευ υπαιτιότητάς της, ενόψει του ότι ο κατασκευαστικός οίκος των αντιδραστηρίων την ενημέρωσε με σειρά επιστολών του ότι αδυνατεί να προβεί στην παραγωγή και παράδοση των συγκεκριμένων αντιδραστηρίων, αναφέροντας ότι παρά το γεγονός πως η ως άνω πρόσκληση απεστάλη παρανόμως σε χρονικό διάστημα που απείχε πολλούς μήνες από την κατακυρωτική απόφαση και σε καμία περίπτωση εντός 60 ημερών από αυτήν και ως εκ τούτου ότι δεν είχε καμία υποχρέωση όπως προβεί σε υπογραφή της σχετικής σύμβασης, καθώς και παρά το γεγονός ότι οι ως άνω αντικειμενικοί λόγοι ανωτέρας βίας σύμφωνα με το άρθρο 105 παρ. 7 και 203 παρ. 3 αποκλείουν την κήρυξη αυτής ως έκπτωτης, εν τέλει η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κήρυξη της προσφεύγουσας ως έκπτωτης από τη διαγωνιστική διαδικασία με α/α ΕΣΗΔΗΣ ... για τον αναλυτή «... ...», η οποία απόφαση υποστηρίζει ότι κρίνεται μη νόμιμη και εσφαλμένη. Τούτο διότι η προσφεύγουσα λόγω αντικειμενικών λόγων ανωτέρας βίας δεν ήταν σε θέση να προμηθεύσει την αναθέτουσα αρχή με τα απαιτούμενα αντιδραστήρια, ειδικότερα, προκειμένου να μην κηρυχθεί έκπτωτη και καταπέσει η εγγυητική επιστολή, υποστηρίζει πως ανταποκρίθηκε στα σχετικά αιτήματα της αναθέτουσας αρχής, προχωρώντας σε όλες τις ενέργειες, γνωστοποιώντας παράλληλα συνεχώς είτε με επιστολές, είτε ακόμα και δια ζώσης ότι αδυνατεί να προμηθεύσει την αναθέτουσα αρχή με τα συγκεκριμένα αντιδραστήρια, λόγω κατάργησής τους από τον κατασκευαστή οίκο και πως σε όλες τις ανωτέρω ενέργειες προέβη αμελλητί από το χρόνο επέλευσης των σχετικών γεγονότων. Συγκεκριμένα, υποστηρίζει ότι στις 06.12.2021 ενημέρωσε άμεσα την αναθέτουσα αρχή ότι δεν ήταν σε θέση να προμηθεύσει αυτή με τα αναγραφόμενα στην προσφορά της είδη, λόγω προβλημάτων στην παραγωγή

των αντιδραστηρίων από τον κατασκευαστικό οίκο τους και πως η ανωτέρω ενημέρωση έλαβε χώρα μόλις τρεις (3) μέρες αφότου πληροφορήθηκε από την προμηθεύτρια εταιρία περί του ως άνω προβλήματος με την από 03.12.2021 επιστολή της, την οποία προσκόμισε και πως αμελλητί και πριν το άνοιγμα από την αναθέτουσα αρχή των οικονομικών προσφορών και της έκδοσης της κατακυρωτικής απόφασης, κοινοποίησε στην υπηρεσία και δεύτερη επιστολή, άμεσα και κατόπιν σχετικής ενημέρωσης από τον κατασκευαστικό οίκο για την αδυναμία του προς παραγωγή και παράδοση των υπό προμήθεια ειδών, που επανακοινοποίησε για τρίτη φορά στην αναθέτουσα αρχή, αναφέροντας πως τα προφορικά διαβήματα και οι οχλήσεις της προς την Υπηρεσία ήταν σχεδόν καθημερινά. Επιπλέον, διερωτάται γιατί η αναθέτουσα αρχή εμμένει στην προμήθεια από μέρους της των συγκεκριμένων αντιδραστηρίων που η ίδια η κατασκευάστρια εταιρία επιβεβαιώνει ότι σταμάτησε την παραγωγή τους ενώ έχει τη δυνατότητα να προμηθεύσει την αναθέτουσα αρχή με αντιδραστήρια έτερης εταιρίας που όμως αρνείται να δεχθεί, δίχως να τεκμηριώνουν το λόγο της ως άνω απόρριψης και πως εν τέλει η αναθέτουσα αρχή εν τέλει προχώρησε σε ανάθεση των σχετικών αντιδραστηρίων με έτερη προμηθεύτρια εταιρία, τα οποία αντιδραστήρια έχουν τα ίδια ακριβώς τεχνικά χαρακτηριστικά με αυτά που αρνείται να αποδεχθεί να προσφερθούν από εκείνη. Επιπρόσθετα των ανωτέρω, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι παρανόμως η αναθέτουσα αρχή δεν ζήτησε από αυτήν την αντικατάσταση του ως άνω κατασκευαστή-δανείζοντος σύμφωνα με το άρ. 78 του Ν. 4412/2016, παρά κήρυξε αυτήν έκπτωτη και πως, σε κάθε περίπτωση, την ως άνω υποχρέωση έχει η αναθέτουσα αρχή όχι μόνο άπαξ κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού και πως η πρόταση προς αντικατάσταση από την κατασκευάστρια εταιρία VIRSELL έλαβε χώρα όχι κατόπιν σχετικού αιτήματος της αναθέτουσας αρχής αλλά αποκλειστικά με πρωτοβουλία της. Επιπλέον, υποστηρίζει ότι την πρότασή της απέρριψε η αναθέτουσα αρχή παρανόμως και αναιτιολόγητα παρά το γεγονός ότι εν τέλει δέχθηκε την προμήθεια των επίδικων αντιδραστηρίων από άλλη εταιρία που θα εγκαταστήσει νέο αναλυτή και θα προμηθεύσει με αντιδραστήρια διαφορετικής τεχνολογίας από τα αιτούμενα της Διακήρυξης,

ενώ η δική της πρόταση δεν απαιτούσε νέο αναλυτή. Εν συνεχεία, επικουρικά η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή μη νομίμως και με πλημμελή αιτιολογία προβαίνει με την υπ' αρ. 234/2022 απόφασή της σε κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της που προκύπτει από το γεγονός ότι στην ως άνω απόφαση ουδεμία αναφορά γίνεται περί της τύχης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της και ως εκ τούτου θεωρείται δεδομένη, εφόσον δεν διευκρινίζεται περαιτέρω, η ολική κατάπτωση αυτής, αναφέρει δε ότι σύμφωνα με το άρ. 104 του Ν. 4412/2016 δεν καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του διαγωνιζομένου όταν κατόπιν οψιγενών μεταβολών τροποποιήθηκαν οι προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης και κρίθηκαν κατά την υποβολή της προσφοράς, ισχυρίζεται δε πως, εν προκειμένω, παρανόμως κατέπεσε η εγγυητική επιστολή συμμετοχής της, παρά το γεγονός ότι κηρύχθηκε έκπτωτη για λόγους που δεν ανάγονται σε υπαιτιότητά της, τονίζει δε ότι το πρόβλημα της παρασκευής αντιδραστηρίων από τον κατασκευαστικό οίκο συνιστά περίπτωση ανωτέρας βίας, σε συνδυασμό με το ότι δημιουργήθηκαν οψιγενείς μεταβολές στη σύμβαση (πρόβλημα παραγωγής εργοστασίου) και πως μη νομίμως κηρύχθηκε έκπτωτη και κατέπεσε η εγγυητική επιστολή. Επιπλέον, παραθέτει σκέψη της υπ' αρ. 1033/2018 απόφασης της ΑΕΠΠ και υποστηρίζει ότι από τα εκεί εκτιθέμενα, σε συνδυασμό με την έγκαιρη και προσήκουσα ενημέρωση της αναθέτουσας αρχής από μέρους της, δεν έπρεπε αφενός να κηρυχθεί έκπτωτη, αφετέρου να καταπέσει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής της και ότι πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλομένη που κηρύσσει έκπτωτη την προσφεύγουσα και η κατάπτωση της εγγυητικής της επιστολής. Επί του μόνου λόγου της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της εκθέτει το σχετικό ιστορικό και υποστηρίζει *«1) Σύμφωνα και με το άρθρο 2.4.5 της Δ/ξης: «Οι υποβαλλόμενες προσφορές ισχύουν και δεσμεύουν τους οικονομικούς φορείς για διάστημα 12 μηνών (365 ημέρες) από την επόμενη της διενέργειας του διαγωνισμού», το οποίο είχε αποδεχθεί η εταιρεία με την με ημερομηνία 13-4-2021 «ΕΠΙΣΤΟΛΗ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ ΚΑΙ ΑΠΟΔΟΧΗΣ ΟΡΩΝ ΤΗΣ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ». Επομένως η προσφορά της*

εταιρείας ίσχυε από 24-4-2021 έως 24-4-2022. Άρα η αναθέτουσα αρχή εμπρόθεσμα απέστειλε αίτημα παράτασης προσφορών με το α.π. 7442/18-3-2022 έγγραφο. Η παράταση των προσφορών εγκρίθηκε με την με αριθμ. 113/8/6-4-2022 Απόφαση ΔΣ και κοινοποιήθηκε στις εταιρίες στις 13-4-2022.

2) Η υπ' αριθμ. 139/9/20-4-2022 Απόφαση ΔΣ αξιολόγησης δικαιολογητικών κατακύρωσης διαβιβάστηκε στις εταιρείες με το α.π. 11472/3-5-2022 έγγραφο. Στην συνέχεια εστάλη με το με α.π. 12843/16-5-2022 έγγραφο η σχετική σύμβαση για υπογραφή. Σύμφωνα με το άρθρο 3.3 της Δ/ξης : «Η αναθέτουσα αρχή προσκαλεί τον ανάδοχο να προσέλθει για υπογραφή του συμφωνητικού, θέτοντάς του προθεσμία που δε μπορεί να υπερβαίνει τις είκοσι (20) ημέρες από την κοινοποίηση της σχετικής ειδικής πρόσκλησης. Το συμφωνητικό έχει αποδεικτικό χαρακτήρα». Επομένως, η πρόσκληση για την υπογραφή του συμφωνητικού- σύμβασης έγινε εντός τριών (3) ημερών από την οριστικοποίηση της απόφασης κατακύρωσης και όχι πέρα των εξήντα (60) ημερών, όπως αναφέρει η εταιρεία. 3) Σύμφωνα με το άρθρο 105 του Ν. 4412/2016 : «Εάν ο ανάδοχος δεν προσέλθει να υπογράψει το συμφωνητικό, μέσα στην προθεσμία που ορίζεται στην ειδική πρόσκληση, με την επιφύλαξη αντικειμενικών λόγων ανωτέρας βίας, κηρύσσεται έκπτωτος...». 4) Στο άρθρο 204 του Ν. 4412/2016 αναφέρεται ότι είναι υποχρέωση του αναδόχου να τεκμηριώσει ενδεχόμενη ανωτέρα βία, εντός είκοσι (20) ημερών από την διαπίστωση αυτής, προσκομίζοντας τα απαραίτητα αποδεικτικά στοιχεία. Εν προκειμένω, η εταιρεία κατέθεσε στις 27/12/2021, καθώς και στις 1/3/2022 επιστολή της ίδιας της εταιρείας, όπου ισχυρίζεται ότι η προμηθεύτρια εταιρεία δεν μπορεί να εκτελεί παραγγελίες. Σε κανένα σημείο των επιστολών της, η προσφεύγουσα δεν αναφέρει ρητά ότι δεν θα μπορέσει ποτέ να εκτελέσει την σύμβαση. Επίσης, όταν της ετέθη γραπτό ερώτημα, με το υπ' αριθμ. 5735/3-3-2022 έγγραφο, για την δυνατότητα ή όχι υπογραφής σύμβασης, απάντησε θετικά. Δεν στοιχειοθετήθηκε δε σε κανένα σημείο της διαδικασίας η έννοια της ανωτέρας βίας κατά τον Ν. 4013/11 και την Δ107/2018 απόφαση της ΕΑΑΔΗΣΥ. Σύμφωνα με το άρθρο 204 του Ν. 4412/2016 οι λόγοι ανωτέρας βίας θα πρέπει να προβάλλονται εμπρόθεσμα και με σαφήνεια, δεδομένου ότι η νομιμότητα του αιτήματος περί απαλλαγής

από τις κυρώσεις καθώς και η συνδρομή των προϋποθέσεων δεν αρκεί να βασίζεται σε διαβεβαιώσεις από πλευράς της αιτούσας εταιρείας αλλά θα πρέπει να αποδεικνύεται από πραγματικά γεγονότα. Επιπλέον, υποχρεωτικά εντός είκοσι (20) ημερών θα πρέπει η εταιρεία να προσκομίσει τα αποδεικτικά στοιχεία που επικαλείται ως λόγους ανωτέρας βίας. Στην συγκεκριμένη περίπτωση, η εταιρεία κίνησε αλληλογραφία με την υπηρεσία μας, επικαλούμενη λόγους αόριστους και ασαφείς ως προς την προβαλλόμενη ή όχι δυνατότητας της να προμηθεύσει τα εν λόγω είδη. Οι επικαλούμενοι λόγοι δεν συνιστούσαν σε καμία περίπτωση γεγονός που συνιστά ανωτέρα βία και επιπλέον δεν προσκόμισε αδιάσειστα στοιχεία που να συνιστούν ανωτέρα βία.

5) Απαντάται στο α/α 4. 6) Ως κατακυρωτική απόφαση νοείται η απόφαση αξιολόγησης δικαιολογητικών κατακύρωσης (139/9/20-4-2022 Απόφαση ΔΣ) και όχι η απόφαση αξιολόγησης οικονομικών προσφορών (69/4/23-2-2022 Απόφαση ΔΣ). Η απόφαση αξιολόγησης οικονομικών προσφορών κοινοποιήθηκε στις εταιρίες με το υπ' αριθμ. 5199/28-2-2022 έγγραφο στις 28-2-2022. 7) Σύμφωνα και με την υπ' αριθμ. 234/14/29-6-2022 Απόφαση ΔΣ κηρύσσεται έκπτωτη η εταιρεία λόγω αδυναμία υπογραφής της σύμβασης της, δεν δύναται όμως να επιβληθεί κάποια ποινή δεδομένου ότι, αφενός η εγγυητική επιστολή συμμετοχής έληξε στις 24-5-2022 και επομένως δεν υπάρχει δυνατότητα κατάπτωσης της και αφετέρου δεν υπάρχει επόμενος μειοδότης στον συγκεκριμένο συστημικό ΕΣΗΔΗΣ, προκειμένου να γίνει καταλογισμός της διαφοράς. 8) Η αντικατάσταση των αντιδραστηρίων θα αποτελούσε ουσιώδη τροποποίηση της σύμβασης, όπως έχει αναφερθεί ανωτέρω. Λαμβάνοντας υπόψη το γεγονός ότι στον συγκεκριμένο συστημικό ΕΣΗΔΗΣ (... Αναλυτής ... και ...) και με τις προδιαγραφές που αναφέρονταν στη Δ/ξη, η εταιρεία ήταν μοναδικός προσφέρων αναζητήθηκε λύση για την αντιμετώπιση του προβλήματος που προέκυψε από την αδυναμία υπογραφής της εν λόγω σύμβασης. Μοναδική λύση κρίθηκε η διαβούλευση και έγκριση τεχνικών προδιαγραφών για την προμήθεια αντιδραστηρίων με διαφορετική μεθοδολογία από αυτήν της Δ/ξης. Η νέα μεθοδολογία είναι με τη μέθοδο της χημειοφωταύγειας σε μορφή MONOTEST. 9) Απαντάται στο α/α 7. 10) Απαντάται στο α/α 4. 11) Απαντάται στο α/α 4. 12) Απαντάται στο α/α 7. 13)

Απαντάται στο α/α 7. 14) Απαντάται στο α/α 7». Επί των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής η προσφεύγουσα με το υπόμνημά της υποστηρίζει ότι όλως παρανόμως η αναθέτουσα αρχή εμμένει στην ορθότητα της προσβαλλομένης, παρά το γεγονός, όπως ισχυρίζεται, τυγχάνει μη νόμιμη και ακυρωτέα κατά το μέρος που έκρινε έκπτωτη την προσφεύγουσα και δεν αναγνώρισε την ανωτέρα βία που είχε ανακύψει άνευ υπαιτιότητά της, ειδικότερα ισχυρίζεται πως μη νομίμως η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι δήθεν δεν ήταν απολύτως ενήμερη για την αδυναμία του προμηθευτή της μετά την υποβολή της προσφοράς όπως προβεί σε κατασκευή και προμήθεια των επίμαχων ειδών που αφορούσε η προσφορά της. Επιπλέον, υποστηρίζει ότι, εκτός των αναφερομένων στην προσφυγή της εγγράφων και της αλληλογραφίας που αντάλλαξαν με την αναθέτουσα αρχή, υπήρχαν συνεχείς επικοινωνίες τηλεφωνικές αλλά και διά ζώσης, κατά τις οποίες επεδίωκε την ανεύρεση λύσης, ενώ η αναθέτουσα αρχή την πίεζε προς μία και μόνο κατεύθυνση, ήτοι της ανανέωσης της προσφοράς της και υπογραφής της σύμβασης, παραθέτει δε περιεχόμενο του από 04.03.2022 εγγράφου της προς την αναθέτουσα αρχή και υποστηρίζει πως η επιλογή της αναθέτουσας αρχής να αναφέρει στις απόψεις της τη φράση «...η εταιρεία μας αποδέχεται να προχωρήσει στην υπογραφή της σύμβασης» είναι τουλάχιστον καταχρηστική και ότι καταδεικνύει την εν γένει συμπεριφορά της αναθέτουσας αρχής. Εν συνεχεία, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η προσφεύγουσα απέστειλε το υπ' αρ. 22211/21.06.202 έγγραφο προς την αναθέτουσα αρχή με το οποίο την ενημέρωσε ότι δεν δύναται τελικά να υπογράψει τη σύμβαση για την προμήθεια των συγκεκριμένων αντιδραστηρίων, παραθέτει δε απόσπασμα αυτής και αναφέρει, όπως εκθέτει και στην προσφυγή της, ότι σύμφωνα με το άρθ. 105 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, ο μειοδότης και προσωρινός ανάδοχος δεν δύναται να κηρυχθεί έκπτωτος σε περίπτωση που δεν προσέλθει προς υπογραφή του σχετικού συμφωνητικού, εφόσον η προσέλευση αυτή οφείλεται σε αντικειμενικούς λόγους ανωτέρας βίας και πως τα αυτά αναφέρονται και στο άρθ. 203, παρ. 3 του Ν. 4412/2016, ενώ σύμφωνα με το άρθ. 204 αυτού, ο ανάδοχος που επικαλείται ανωτέρα βία οφείλει να την αναφέρει εγγράφως στην αναθέτουσα αρχή εντός 20 ημερών

από τότε που συνέβησαν τα περιστατικά που τη συνιστούν και πως, συναφώς, η προσφεύγουσα άμεσα στις 27.12.2021 απέστειλε η ίδια σχετική επιστολή στην αναθέτουσα αρχή, κοινοποιώντας παράλληλα και την επιστολή του προμηθευτή προς απόδειξη των λεγομένων της και σχετική ενημέρωση και πως οιαδήποτε μεταγενέστερη επιστολή του προμηθευτή της την κοινοποίησε στην αναθέτουσα αρχή και πως, με συνεχείς έγγραφες και προφορικές οχλήσεις ενημέρωνε την αναθέτουσα αρχή για τη συνεχιζόμενη αδυναμία του προμηθευτή να κατασκευάσει και παραδώσει εγκαίρως και στη συνέχεια εξ ολοκλήρου το απαιτούμενο είδος και πως οι σχετικές επιστολές της και προφορικές εξηγήσεις της ήταν σαφείς και αναλυτικές. Ακόμη, υποστηρίζει ότι η αναθέτουσα αρχή ουδέποτε ζήτησε από εκείνη την αντικατάσταση του προμηθευτή της ως όφειλε σύμφωνα με το άρ. 78 του Ν. 4412/2016, παρά μόνο απέρριψε πρόταση της προσφεύγουσας για αντικατάσταση κατά τον καλύτερο δυνατό τρόπο των ως άνω προμηθευόμενων ειδών με τη μέθοδο ELISA που αποτελούσε τεχνική προδιαγραφή της διακήρυξης και χρησιμοποιούσε ήδη το εργαστήριο και πως η αναθέτουσα αρχή επέλεξε εν τέλει διαφορετική μέθοδο για την ανάθεση του αντικειμένου, ήτοι αυτή της χημειοφωταύγειας σε μορφή MONOTEST.

12. Επειδή, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (Ε.Α. ΣτΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕλΣυν 70/2006). Σκοπός της ενιαίας

εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοτικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Όπως δε παγίως έχει κριθεί, η αρχή της ίσης μεταχείρισης και η υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται στην οικεία προκήρυξη (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 28, και απόφαση Medipac—Καζαντζίδης, C-6/05, EU:C:2007:337, σκέψη 54).

13. Επειδή, επί του μόνου λόγου της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, σύμφωνα με το άρ. 3.3 «Κατακύρωση - σύναψη σύμβασης» της Διακήρυξης «...Η αναθέτουσα αρχή προσκαλεί τον ανάδοχο να προσέλθει για υπογραφή του συμφωνητικού, θέτοντάς του προθεσμία που δε μπορεί να υπερβαίνει τις είκοσι (20) ημέρες¹⁵¹ από την κοινοποίηση της σχετικής ειδικής πρόσκλησης. Το συμφωνητικό έχει αποδεικτικό χαρακτήρα. Στην περίπτωση που ο ανάδοχος δεν προσέλθει να υπογράψει το ως άνω συμφωνητικό μέσα στην τεθείσα προθεσμία, κηρύσσεται έκπτωτος, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγυητική επιστολή συμμετοχής του και ακολουθείται η ίδια, ως άνω διαδικασία, για τον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά¹⁵²...». Στο δε άρ. 105 του Ν. 4412/2016 «Κατακύρωση - σύναψη σύμβασης» ορίζεται ότι «1... 2... 3... 4. Μετά από την οριστικοποίηση της απόφασης κατακύρωσης, η αναθέτουσα αρχή προσκαλεί τον ανάδοχο να προσέλθει για την υπογραφή του συμφωνητικού, θέτοντάς του προθεσμία δεκαπέντε (15) ημερών από την κοινοποίηση σχετικής έγγραφης ειδικής πρόσκλησης. 5. Η σύμβαση θεωρείται συναφθείσα με την κοινοποίηση της πρόσκλησης της παρ. 4 στον ανάδοχο. 6... 7. Εάν ο ανάδοχος δεν προσέλθει να υπογράψει το συμφωνητικό, μέσα στην προθεσμία που ορίζεται στην ειδική πρόσκληση, με την επιφύλαξη

αντικειμενικών λόγων ανωτέρας βίας, κηρύσσεται έκπτωτος, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του και ακολουθείται η διαδικασία του άρθρου 103 για τον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν προσέλθει για την υπογραφή του συμφωνητικού, η διαδικασία ανάθεσης ματαιώνεται, σύμφωνα με την περ. β' της παρ. 1 του άρθρου 106. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί, στην περίπτωση αυτήν, να αναζητήσει αποζημίωση, πέρα από την καταπίπτουσα εγγυητική επιστολή, ιδίως δυνάμει των άρθρων 197 και 198 ΑΚ. 8. Εάν η αναθέτουσα αρχή δεν απευθύνει την πρόσκληση της παρ. 4 εντός χρονικού διαστήματος εξήντα (60) ημερών από την οριστικοποίηση της απόφασης κατακύρωσης, με την επιφύλαξη της ύπαρξης επιτακτικού λόγου δημόσιου συμφέροντος ή αντικειμενικών λόγων ανωτέρας βίας, ο ανάδοχος δικαιούται να απέχει από την υπογραφή του συμφωνητικού, χωρίς να εκπέσει η εγγύηση συμμετοχής του, καθώς και να αναζητήσει αποζημίωση ιδίως δυνάμει των άρθρων 197 και 198 ΑΚ.». Το άρ. 203 του Ν. 4412/2016 «Κήρυξη αναδόχου ως εκπτώτου» ορίζει ότι «1. Ο ανάδοχος κηρύσσεται υποχρεωτικά έκπτωτος από την ανάθεση που έγινε στο όνομά του και από κάθε δικαίωμα που απορρέει από αυτήν, με απόφαση του αρμόδιου αποφαινόμενου οργάνου, ύστερα από γνωμοδότηση του αρμόδιου οργάνου: α) στην περίπτωση της παρ. 7 του άρθρου 105 περί κατακύρωσης και σύναψης σύμβασης,...2... 3. Ο ανάδοχος δεν κηρύσσεται έκπτωτος για λόγους που αφορούν σε υπαιτιότητα του φορέα εκτέλεσης της σύμβασης ή αν συντρέχουν λόγοι ανωτέρας βίας. 4. Στον οικονομικό φορέα, που κηρύσσεται έκπτωτος από την κατακύρωση, ανάθεση ή σύμβαση, επιβάλλονται, με απόφαση του αποφαινόμενου οργάνου, ύστερα από γνωμοδότηση του αρμόδιου οργάνου, το οποίο υποχρεωτικά καλεί τον ενδιαφερόμενο προς παροχή εξηγήσεων, αθροιστικά οι παρακάτω κυρώσεις: α) ολική κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής ή καλής εκτέλεσης της σύμβασης, κατά περίπτωση,... », στο δε άρ. 204 «Ανωτέρα βία» του Ν. 4412/2016 αναφέρεται ότι «Ο ανάδοχος που επικαλείται ανωτέρα βία υποχρεούται, μέσα σε είκοσι (20) ημέρες από τότε που συνέβησαν τα περιστατικά που συνιστούν την ανωτέρα βία, να αναφέρει εγγράφως αυτά και

να προσκομίσει στην αναθέτουσα αρχή τα απαραίτητα αποδεικτικά στοιχεία.». Ως προς την ισχύ της προσφοράς της προσφεύγουσας, σύμφωνα με το αρ. 2.4.5 «Χρόνος ισχύος των προσφορών» της Διακήρυξης, «Οι υποβαλλόμενες προσφορές ισχύουν και δεσμεύουν τους οικονομικούς φορείς για διάστημα 12 μηνών (365 ημέρες) από την επόμενη της διενέργειας του διαγωνισμού.», ως δε ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών ορίστηκε η 23.04.2021, σύμφωνα με τη Διακήρυξη (σελ. 1/115). Εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή είχε αποστείλει στις 18.03.2022 μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ προς την προσφεύγουσα το υπ' αρ. πρωτ. 7442/18.03.2022 έγγραφό της με θέμα «Παράταση ισχύος προσφορών και εγγυητικών επιστολών συμμετοχής στη Δ/ξη .../2020 Μετρητών Κυττάρων Αίματος (Αντιδραστήρια για προσδιορισμό Μικροβιολογικών Εξετάσεων), με α/α συστήματος ΕΣΗΔΗΣ ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., για τις ανάγκες του ...-Γ.Ν. «...»», στο οποίο αναφερόταν ότι «Σας ενημερώνουμε ότι οι προσφορές σας για την προμήθεια Μετρητών Κυττάρων Αίματος (Αντιδραστήρια για προσδιορισμό Μικροβιολογικών Εξετάσεων) θα λήξουν στις 23-4-2022. Παρακαλούμε όπως μας αποστείλετε εγγράφως εντός πέντε (5) ημερών, αν αποδέχεστε παράταση των προσφορών σας καθώς και της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής σας μέχρι ολοκλήρωσης του διαγωνισμού, προκειμένου να συνεχιστεί η συμμετοχή σας σε αυτόν.», σε απάντηση δε αυτού η προσφεύγουσα απέστειλε ομοίως μέσω ΕΣΗΔΗΣ στις 23.03.2022 τη με ίδια ημερομηνία επιστολή της με την οποία ενημέρωνε ότι «...αποδεχόμαστε την παράταση ισχύος της προσφοράς μας και εγγυητικής μας έως την ολοκλήρωση του διαγωνισμού, όπως μας ζητήσατε και αφορά τον Δημόσιο ηλεκτρονικό διαγωνισμό με αριθμό Διακήρυξης .../2020 ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟΥ ΑΝΟΙΚΤΟΥ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΚΑΤΩ ΤΩΝ ΟΡΙΩΝ, για την ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΑΝΤΙΔΡΑΣΤΗΡΙΩΝ ΓΙΑ ΤΟΝ ΠΡΟΣΔΙΟΡΙΣΜΟ ΜΙΚΡΟΒΙΟΛΟΓΙΚΩΝ ΕΞΕΤΑΣΕΩΝ ΜΕ ΣΥΝΟΔΟ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟ». Η δε σχετική υπ' αρ. 113/8/06.04.2022 απόφαση του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής με θέμα «Παράταση ισχύος προσφορών και εγγυητικών επιστολών συμμετοχής στη Δ/ξη .../2020 Μετρητών Κυττάρων Αίματος (Αντιδραστήρια για προσδιορισμό Μικροβιολογικών Εξετάσεων), με α/α συστήματος ΕΣΗΔΗΣ ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., για τις ανάγκες του ...-..... «...»» με

την οποία εγκρίθηκε η παράταση των προσφορών και των εγγυητικών επιστολών των εκεί αναφερομένων εταιριών, της προσφεύγουσας συμπεριλαμβανομένης, κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα στις 13.04.2022. Επομένως, σύμφωνα με τα ως άνω, εμπροθέσμως η αναθέτουσα αρχή απέστειλε έγγραφο περί αποδοχής παράτασης της προσφοράς και της εγγυητικής επιστολής της προσφεύγουσας, απορριπτομένου του περί του αντιθέτου ισχυρισμού της τελευταίας, ως αβασίμου. Ως προς τον βασικό ισχυρισμό της προσφεύγουσας, από την επισκόπηση του φακέλου της υπόθεσης, προκύπτει ότι, μετά την κοινοποίηση από την αναθέτουσα αρχή της υπ' αρ. 391/26/10.11.2021 απόφασης του Δ.Σ. με θέμα «Αξιολόγηση Δικαιολογητικών Συμμετοχής και Τεχνικών Προσφορών του Ηλεκτρονικού Δημόσιου Ανοικτού Άνω των Ορίων (Διεθνή) Διαγωνισμού Δ/ξη .../2020 για την προμήθεια «Μετρητών Κυττάρων Αίματος (Αντιδραστήρια για προσδιορισμό Μικροβιολογικών Εξετάσεων)», με δ/ξη .../2020, προϋπολογισθείσας δαπάνης 220.000,00€ (συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ) (177.419,35€ χωρίς ΦΠΑ) με CPV ...-..., στα πλαίσια του Προγραμματισμού Προμηθειών, Διαχειριστικού έτους 2020, με αριθμό α/α συστήματος ΕΣΗΔΗΣ ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., και κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά για τις ανάγκες του Γ.Ν. «...- ...»» μέσω ΕΣΗΔΗΣ, στις 29.11.2021, η προσφεύγουσα απέστειλε στις 27.12.2021 το υπ' αρ. πρωτ. .../06.12.2021 έγγραφό της στο οποίο αναφέρεται, μεταξύ άλλων, ότι «...θα θέλαμε μα σας ενημερώσουμε πως δε θα μπορέσουμε να σας προμηθεύσουμε τα προσφερόμενα είδη, καθώς ο κατασκευαστής από τον οποίο προμηθευόμαστε τα προσφερόμενα είδη, με επιστολή του στις 3 Δεκεμβρίου 2021, μας ενημέρωσε πως έχουν μεγάλη καθυστέρηση στην παραγωγή και δεν είναι διαθέσιμα λόγω προβλημάτων που σχετίζονται με την προμήθεια πρώτων υλών. Επίσης η δεν μπορεί για την ώρα να δεσμευθεί για τον χρόνο στον οποίο θα έχει ξεπεράσει τα προβλήματα αυτά οπότε τα προσφερόμενα προϊόντα θα είναι ξανά διαθέσιμα, προκειμένου να είμαστε στη θέση να εκτελούμε τις παραγγελίες σας». Μαζί με την ως άνω επιστολή προσκόμισε αφενός την από 04.11.2021 επιστολή με την οποία η την ενημέρωνε ότι τα εκεί αναφερόμενα προϊόντα έχουν μεγάλη καθυστέρηση

στην παραγωγή και εξακολουθούν να μην είναι διαθέσιμα, αφετέρου την από 03.12.2021 επιστολή, στην οποία αναφέρει ότι τα εκεί αναφερόμενα προϊόντα εξακολουθούν να μην είναι διαθέσιμα λόγω προβλημάτων που σχετίζονται με την προμήθεια πρώτων υλών. Ακολούθως, στις 04.01.2022 η προσφεύγουσα μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ απέστειλε εις διπλούν στην αναθέτουσα αρχή την από 30.12.2021 επιστολή της στην οποία αναφερόταν ότι τα εκεί παρατιθέμενα προϊόντα «...έχουν μεγάλη καθυστέρηση στην παραγωγή και εξακολουθούν να μην είναι διαθέσιμα λόγω προβλημάτων που σχετίζονται με την προμήθεια πρώτων υλών. Η ενημερώνει την ... να μην συμμετάσχει και υπογράψει καμία σύμβαση σχετικά με την παροχή αυτών των αντιδραστηρίων, καθώς δεν μπορούμε να εγγυηθούμε την διαθεσιμότητα τους για το επόμενο έτος». Ακολούθως, η αναθέτουσα αρχή ενημέρωσε στις 11.01.2022 μέσω ΕΣΗΔΗΣ με αποστολή σχετικού εγγράφου την προσφεύγουσα ότι το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών θα ελάμβανε χώρα στις 12.01.2022, εν συνεχεία, στις 28.02.2022, απέστειλε ομοίως μέσω ΕΣΗΔΗΣ την υπ' αρ. 69/4/23.02.2022 απόφαση του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής, δυνάμει της οποίας η προσφεύγουσα ανακηρύχθηκε προσωρινή ανάδοχος για τον επίμαχο αναλυτή «... και ...», και στην οποία αναφερόταν να ζητηθούν τα δικαιολογητικά κατακύρωσης από αυτήν (ενν. την προσφεύγουσα). Στη συνέχεια, αφότου η προσφεύγουσα είχε αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος, την 01.03.2022 απέστειλε μέσω ΕΣΗΔΗΣ τη με ίδια ημερομηνία επιστολή της στην οποία, μεταξύ άλλων, αναφερόταν ότι «...θα θέλαμε μα σας ενημερώσουμε πως δε θα μπορέσουμε να σας προμηθεύσουμε τα προσφερόμενα είδη, καθώς ο κατασκευαστής από τον οποίο προμηθευόμαστε τα προσφερόμενα είδη, με επιστολή του στις 3 Δεκεμβρίου 2021, μας ενημέρωσε πως έχουν μεγάλη καθυστέρηση στην παραγωγή και δεν είναι διαθέσιμα λόγω προβλημάτων που σχετίζονται με την προμήθεια πρώτων υλών. Επίσης η δεν μπορεί για την ώρα να δεσμευθεί για τον χρόνο στον οποίο θα έχει ξεπεράσει τα προβλήματα αυτά οπότε τα προσφερόμενα προϊόντα θα είναι ξανά διαθέσιμα, προκειμένου να είμαστε στη θέση να εκτελούμε τις παραγγελίες σας». Ακολούθως, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε

στις 03.03.2022 το υπ' αρ. πρωτ. 5735/03.03.2022 έγγραφό της προς την προσφεύγουσα στο οποίο ανέφερε, μεταξύ άλλων «...Παρακαλούμε ενημερώστε μας άμεσα, αν δύναστε να προχωρήσετε στην υπογραφή σύμβασης και στην εκτέλεσή της για τον συγκεκριμένο συστημικό ΕΣΗΔΗΣ. Σε περίπτωση αδυναμίας υπογραφής της σύμβασης, σας ενημερώνουμε ότι θα εφαρμοστούν τα προβλεπόμενα στο άρθρο 2.2.2.3 της Δ/ξης.». Σε απάντηση της ως άνω επιστολής, η προσφεύγουσα απέστειλε στις 04.03.2022 το με ίδια ημερομηνία έγγραφό της όπου ανέφερε πως «Η εταιρεία μας σας ενημέρωσε στις 27.12.2021 (αριθμός πρωτοκόλλου M21206) και 04/01/2022 ότι η κατασκευάστρια εταιρεία αντιμετωπίζει προβλήματα στην παραγωγή των αντιδραστηρίων. Η επιστολή μας σας κοινοποιήθηκε πολύ πριν το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών. Μη λαμβάνοντας υπόψιν την πραγματική μας αδυναμία, προχωρήσατε κανονικά στο άνοιγμα των οικονομικών προσφορών. Εν συνεχεία, και συγκεκριμένα στις 01.03.2022, σας επανακοινοποιήσαμε την ίδια επιστολή. Δεδομένου ότι το Νοσοκομείο σας επιμένει στην υπογραφή μίας σύμβασης, που εκ των προτέρων γνωρίζετε, αφού σας έχει κοινοποιηθεί εγγράφως ήδη δύο φορές, πως για λόγους ανωτέρας βίας που δεν ανάγονται στη σφαίρα της επιρροής μας, θα υπάρξουν ίσως προσκόμματα στην παράδοση των αντιδραστηρίων, η εταιρεία μας αποδέχεται να προχωρήσει στην υπογραφή της σύμβασης. Σας διαβεβαιώνουμε δε, ότι θα πράξουμε τα δέοντα προκειμένου να ευοδωθεί η συνεργασία μας έτσι ώστε και το Νοσοκομείο να επιτελέσει επαρκώς το έργο του.». Ακολούθως, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στις 14.03.2022 το υπ' αρ. πρωτ. 6766/14.03.2022 έγγραφό της με το οποίο καλούσε την προσφεύγουσα όπως αποστείλει εντός δέκα (10) ημερών τα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Στις 23.03.2022 η προσφεύγουσα απέστειλε μέσω ΕΣΗΔΗΣ τα σχετικά δικαιολογητικά κατακύρωσης, η δε αναθέτουσα αρχή με το υπ' αρ. πρωτ. 9167/04.04.2022 έγγραφό της που απέστειλε μέσω ΕΣΗΔΗΣ ενημέρωσε ότι το άνοιγμα των δικαιολογητικών κατακύρωσης θα ελάμβανε χώρα στις 07.04.2022, στις δε 03.05.2022 η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την υπ' αρ. 139/9/20.04.2022 απόφαση του Δ.Σ. περί αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, δυνάμει της οποίας κατακυρώθηκε η επίμαχη ομάδα του αναλυτή ... και ... στην

προσφεύγουσα. Εν συνεχεία, στις 16.05.2022 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε την επίμαχη σύμβαση προς την προσφεύγουσα για υπογραφή, επί της οποίας η τελευταία απάντησε με την υπ' αρ. πρωτ. M22184/17.05.2022 επιστολή της που απέστειλε μέσω ΕΣΗΔΗΣ στις 18.05.2022 με θέμα «ΕΠΙΣΤΟΛΗ ΑΛΛΑΓΗΣ ΥΛΙΚΩΝ ΓΙΑ ΤΟΝ ΑΥΤΟΜΑΤΟ ΑΝΑΛΥΤΗ ELISA ΤΥΠΟΥ ... PLUS», αναφέροντας, μεταξύ άλλων, ότι «*Η εταιρεία μας με τις επιστολές με αριθμό πρωτοκόλλου M21206 και την απαντητική επιστολή μας στις 4.03.2022, ύστερα από αίτημά σας για διευκρίνιση, σας ενημερώνει την αδυναμία από τον κατασκευαστικό οίκο ... να παραδώσει τα ζητούμενα αντιδραστήρια. Ύστερα από πρόσκληση του Νοσοκομείου σας για υπογραφή της σύμβασης σας ενημερώνουμε ότι στο προσφερόμενο συνοδό εξοπλισμό ... θα εφαρμόσουμε τα παρακάτω αντιδραστήρια του κατασκευαστικού οίκου ...*», παραθέτει δε και σχετικό πίνακα με τα καινούρια αντιδραστήρια-κωδικούς- περιγραφές. Επί του ως άνω εγγράφου η αναθέτουσα αρχή απάντησε με το υπ' αρ. πρωτ. 13636/24.05.2022 έγγραφό της που απέστειλε μέσω του ΕΣΗΔΗΣ προς την προσφεύγουσα, στο οποίο ανέφερε, μεταξύ άλλων, «*Κατόπιν αιτήματος της επιτροπής αξιολόγησης, παρακαλούμε όπως μας ενημερώσετε άμεσα, αν τα αντιδραστήρια του οίκου ... που θέλετε να εφαρμόσετε στον προσφερόμενο συνοδό εξοπλισμό- αναλυτή ... ανταποκρίνονται στις τεχνικές προδιαγραφές του αναλυτή σύμφωνα με τη δ/ξη και συγκεκριμένα στην προδιαγραφή: «Τα αντιδραστήρια να τοποθετούνται κατευθείαν στο αναλυτή χωρίς να απαιτείται ογκομέτρηση και μετάγγιση τους σε άλλους ειδικούς, για τον αναλυτή, υποδοχείς».*», καθώς και με το υπ' αρ. πρωτ. 15096/06.06.2022 έγγραφο που απέστειλε στις 06.06.2022, στο οποίο, πλέον των ως άνω, η αναθέτουσα αρχή ανέφερε «*Δεδομένου ότι δεν έχει ληφθεί απάντηση για το ανωτέρω έγγραφο μέχρι και σήμερα (6-6-2022), παρακαλούμε για την απάντηση σας το αργότερο έως την Τετάρτη 8-6-2022, σε διαφορετική περίπτωση θα εφαρμοστούν τα προβλεπόμενα από τον νόμο*». Επί των ως άνω εγγράφων, η προσφεύγουσα απάντησε με το από 06.06.2022 έγγραφό της με το οποίο, μεταξύ άλλων, ανέφερε ότι «*...τα αντιδραστήρια του Οίκου ... που θα εφαρμόσουμε στον αναλυτή ... , λόγω της οριστικής κατάργησης των αντιδραστηρίων του οίκου ... , απαιτούν*

μετάγγιση σε άλλα φιαλίδια, τα οποία και θα σας προμηθεύσουμε. Η προδιαγραφή του διαγωνισμού (.../2020), που αναφέρετε στην επιστολή σας «Τα αντιδραστήρια να τοποθετούνται κατευθείαν στο αναλυτή χωρίς να απαιτείται ογκομέτρηση και μετάγγιση τους σε άλλους ειδικούς, για τον αναλυτή, υποδοχείς», καλύπτονταν από τα αντιδραστήρια του ως τότε προμηθευτή οίκου τα οποία όμως καταργήθηκαν, μετά από ενημέρωση του κατασκευαστή οίκου (3/12/2021) και στη συνέχεια του Νοσοκομείου σας (με την σχετική επιστολή στις 6/12/2021).». Σε απάντηση, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε μέσω ΕΣΗΔΗΣ στις 16.06.2022 την υπ' αρ. πρωτ. 16260/16.06.2022 επιστολή της όπου ανέφερε ότι «Η επιτροπή αξιολόγησης του διαγωνισμού αφού έλαβε υπόψη όλα τα ανωτέρω, μας ενημέρωσε ότι «ΔΕΝ γίνεται δεκτό το αίτημα της εταιρείας, λόγω μη συμμόρφωσης με τις τεχνικές προδιαγραφές που είχαν οριστεί και που έχουν βαρυσήμαντο ρόλο στην διαδικασία εκτέλεσης των αναλύσεων καθώς και στην αξιοπιστία του τελικού αποτελέσματος.». Ως εκ τούτου, παρακαλούμε όπως προχωρήσετε στη υπογραφή της σχετικής σύμβασης εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της παρούσας ειδοποίησης. Σε διαφορετική περίπτωση θα εφαρμοστούν τα προβλεπόμενα στο άρθρο 3.3 της Δ/ξης καθώς και του άρθρου 105 του Ν. 4412/2016». Επί δε της ως άνω επιστολής η προσφεύγουσα απέστειλε στις 23.06.2022 το υπ' αρ. πρωτ. 22211/21.06.2022 έγγραφό της με το οποίο, μεταξύ άλλων, ανέφερε «Το Νοσοκομείο Σας από την πρώτη στιγμή που σας γνωστοποιήθηκε πραγματική και αναμφισβήτητη αδυναμία μας να σας προμηθεύσουμε τα συγκεκριμένα αντιδραστήρια, μας επισημάνθηκε ότι θα καταπέσει η εγγυητική επιστολή μας και θα κηρυχθούμε έκπτωτοι! Γνωρίζετε δε, ότι αυτό θα σημάνει και το κλείσιμο μίας παραγωγικής εταιρείας. Εν ολίγοις, λόγω μη παραγωγής αντιδραστηρίων της παραγωγού εταιρείας, η ... που απασχολεί 200 και πλέον εργαζομένους, θα παύσει να λειτουργεί μέχρι να αποφανθεί η Δικαιοσύνη. Γ. ΠΡΟΤΕΙΝΟΜΕΝΕΣ ΛΥΣΕΙΣ. Κλείνοντας, σας παρακαλούμε για ακόμα μία φορά, όπως συνεργαστούμε, αποδεχθείτε την αλλαγή των κωδικών αντιδραστηρίων, άλλως παρακαλούμε να προβείτε στην ακύρωση αποκλειστικά και μόνο του συγκεκριμένου τμήματος του διαγωνισμού που

αφορά τον «... ... ΚΑΙ ...» με αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ... και το Νοσοκομείο σας να επαναπροκηρύξει νέο διαγωνισμό έτσι ώστε το να προμηθευτεί τα αναγκαία για το εργαστήριο αντιδραστήρια σε πολύ συντομότερο χρονικό διάστημα, εξασφαλίζοντας τοιουτοτρόπως την εύρυθμη λειτουργία του». Ακολούθως, στις 04.08.2022, κοινοποιήθηκε η προσβαλλομένη, δυνάμει της οποίας η προσφεύγουσα κηρύχθηκε έκπτωτη και ματαιώθηκε ο διαγωνισμός που αφορά στον με α/α συστήματος ΕΣΗΔΗΣ ... αναλυτή ... και ... της Δ/ξης .../2020 για την προμήθεια Μετρητών Κυττάρων Αίματος (Αντιδραστήρια για προσδιορισμό Μικροβιολογικών Εξετάσεων), δεδομένου ότι η εταιρεία ΑΕ αποτελούσε τον μοναδικό προσφέροντα στον συγκεκριμένο συστημικό ΕΣΗΔΗΣ. Η προσφεύγουσα στο τελευταίο ως άνω έγγραφό της, ως και στην από 04.03.2022 επιστολή της, επικαλείται τη συνδρομή ανωτέρας βίας στην προκειμένη περίπτωση, ισχυρισμό τον οποίο επικαλείται και στην υπό κρίση προδικαστική προσφυγή. Η «ανωτέρα βία», ως αόριστη νομική έννοια, αποτελεί γενική αρχή του δικαίου, εφαρμόζεται ακόμα και αν ελλείπει ειδική νομοθετική πρόβλεψη και υπόκειται σε ακυρωτικό έλεγχο ως προς την επάρκεια της αιτιολογίας των εκτιμώμενων πραγματικών περιστατικών που την συγκροτούν. Ως τέτοια δε, θεωρείται κάθε γεγονός τυχαίο και απρόβλεπτο που δεν μπορεί να αποτραπεί, ακόμα και με μέτρα άκρας επιμέλειας, και εξαιτίας του οποίου εμποδίζεται κάποιος να τηρήσει νόμιμη ή συμβατική υποχρέωση, ακόμα και αν καταβάλει την επιμέλεια και πρόνοια επιμελούς προσώπου (πρβλ. 236/2019 Γνωμοδότηση ΝΣΚ). Περαιτέρω η έννοια της ανωτέρας βίας, όπως δέχεται κατά πάγια νομολογία το ΔΕΕ, εμπεριέχει α) ένα αντικειμενικό στοιχείο, το οποίο σχετίζεται με μη φυσιολογικές και ξένες προς τον ενδιαφερόμενο περιστάσεις, οι οποίες διαφεύγουν αντικειμενικά από τον έλεγχο του δικαιούχου ή βρίσκονται εκτός της σφαίρας ευθύνης του και β) ένα υποκειμενικό στοιχείο, το οποίο συνδέεται με την υποχρέωση του ενδιαφερομένου να προφυλαχθεί από τις συνέπειες του μη φυσιολογικού γεγονότος, λαμβάνοντας τα κατάλληλα μέτρα χωρίς να υποβληθεί σε υπερβολικές θυσίες. Ειδικότερα, η εξαιρετική επιμέλεια προϋποθέτει επιπλέον μια συνεχή ενεργητική συμπεριφορά, με σκοπό τη διαπίστωση και την εκτίμηση ενδεχομένων κινδύνων, καθώς και την ικανότητα λήψης κατάλληλων

και αποτελεσματικών μέτρων προς αποτροπή της επέλευσης τέτοιων κινδύνων (αποφάσεις της 5ης Φεβρουαρίου 1987, C-145/85 σκ. 11, της 18ης Δεκεμβρίου 2007, C-314/06, σκ. 33, 37). Το ενωσιακό δίκαιο, όπως και το εθνικό, δεν καθορίζουν ειδικά τους όρους διεξαγωγής των αποδείξεων σε θέματα ανωτέρας βίας. Το δε βάρος απόδειξης της συνδρομής περιστατικών ανωτέρας βίας φέρει αυτός που την επικαλείται. Ενόψει του ότι οι περιπτώσεις ανωτέρας βίας συνιστούν εξαίρεση από τις διατάξεις, πρέπει οι όροι διεξαγωγής των αποδείξεων να είναι τουλάχιστον εξ ίσου αυστηροί με τους όρους τήρησης της επίμαχης υποχρέωσης. Συνεπώς, το αίτημα για απαλλαγή από τις κυρώσεις, με επίκληση των λόγων που συνιστούν την ανωτέρα βία, θα πρέπει να είναι σαφές, αιτιολογημένο και πλήρες, συνοδευόμενο από τα απαραίτητα στοιχεία τεκμηρίωσής του. Η συνέπεια αυτού είναι ότι απαιτούνται αδιαμφισβήτητες έγγραφες αποδείξεις, εντός της 20ήμερης προθεσμίας από την επέλευση του γεγονότος που συνιστά την ανωτέρα βία, σύμφωνα δε με τα ως άνω, θα πρέπει, στην προκειμένη περίπτωση, να αποδεικνύονται οι συγκεκριμένες ενέργειες της προσφεύγουσας και η λήψη συγκεκριμένων μέτρων κατάλληλων για την αποτροπή των δυσμενών αποτελεσμάτων, που συνεπάγονταν οι επικαλούμενοι λόγοι ανωτέρας βίας. Επιπλέον, θα πρέπει να αποδεικνύεται ότι οι λόγοι ανωτέρας βίας προβλήθηκαν εμπρόθεσμα και με σαφήνεια, δεδομένου ότι η νομιμότητα του αιτήματος περί απαλλαγής από τις κυρώσεις καθώς και η συνδρομή των προϋποθέσεων δεν αρκεί να βασίζεται σε διαβεβαιώσεις από πλευράς της προσφεύγουσας, αλλά θα πρέπει να αποδεικνύονται από πραγματικά δεδομένα, με την προσκόμιση αδιαμφισβήτητων αποδεικτικών εγγράφων. Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα ως λόγο ανωτέρα βίας επικαλείται την αδυναμία προμήθειας της αναθέτουσας αρχής με τα συγκεκριμένα δηλωθέντα με την προσφορά της αντιδραστήρια, λόγω κατάργησής τους από τον κατασκευαστικό οίκο Ειδικότερα, στις πρώτες υποβληθείσες από την προσφεύγουσα στην αναθέτουσα αρχή επιστολές της προμηθεύτριας εταιρίας αναφέρεται ότι «*Η με λύπη σας ανακοινώνει ότι τα προϊόντα 961150 Treponema IgG 961151 Treponema IgM έχουν μεγάλη καθυστέρηση στην παραγωγή και εξακολουθούν να μην είναι διαθέσιμα λόγω των προβλημάτων που σχετίζονται με την προμήθεια*

πρώτων υλών» (βλ. την από 04.11.2021 επιστολή) και ότι «Η ... με λύπη σας ανακοινώνει ότι τα παρακάτω προϊόντα: ... έχουν μεγάλη καθυστέρηση στην παραγωγή και εξακολουθούν να μην είναι διαθέσιμα λόγω των προβλημάτων που σχετίζονται με την προμήθεια πρώτων υλών» (βλ. την από 03.12.2021 επιστολή), εν συνεχεία, στην από 04.01.2022 επιστολή αναφέρεται ότι «Η ... με λύπη σας ανακοινώνει ότι τα παρακάτω προϊόντα: ... έχουν μεγάλη καθυστέρηση στην παραγωγή και εξακολουθούν να μην είναι διαθέσιμα λόγω των προβλημάτων που σχετίζονται με την προμήθεια πρώτων υλών. Η ... ενημερώνει την ... να μην συμμετάσχει και υπογράψει καμία σύμβαση σχετικά με την παροχή αυτών των αντιδραστηρίων, καθώς δεν μπορούμε να εγγυηθούμε την διαθεσιμότητα τους για το επόμενο έτος.». Η αδυναμία της προμηθεύτριας εταιρίας να προμηθεύσει την προσφεύγουσα με τα επίμαχα προϊόντα δεν υπερβαίνει τον συνήθη ρου του οικονομικού βίου αυτής, η δε προκύψασα αδυναμία παροχής θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι απορρέει από έλλειψη προγραμματισμού και επιμέλειας, δεδομένου ότι η έννοια της επιχείρησης και της δραστηριοποίησής της στον χώρο της αγοράς ενέχει εκ της φύσης της την έννοια της ανάληψης του επιχειρηματικού κινδύνου, για την αντιμετώπιση του οποίου οφείλουν οι επιχειρήσεις, στο πλαίσιο επίδειξης «εξαιρετικής επιμέλειας», να λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα και να κάνουν χρήση των δυνατοτήτων που τους παρέχουν οι νόμοι και η συνήθης πρακτική (π.χ. δημιουργία αποθεματικών). Δηλαδή εν προκειμένω δεν πληρούται το υποκειμενικό στοιχείο της έννοιας της ανωτέρας βίας, όπως έχει διαμορφωθεί από την νομολογία του ΔΕΕ, κατά τα ανωτέρω, δοθέντος ότι η προσφεύγουσα, εταιρία που δραστηριοποιείται στη σχετική αγορά, συμμετέχει δε σε δημόσιους διαγωνισμούς, όπως ο επίμαχος, στον οποίο μάλιστα συμμετείχε και στην ομάδα που αφορά σε έτερο αναλυτή, πλην του επίμαχου, όφειλε όπως προβεί σε ενέργειες προκειμένου να λάβει τα κατάλληλα μέτρα, ώστε να προφυλαχθεί από την επέλευση του μη φυσιολογικού ως άνω γεγονότος, ήτοι της αδυναμίας της προμηθεύτριας εταιρίας να της παρέχει τα επίμαχα προϊόντα. Εντούτοις, ουδόλως αποδεικνύεται ότι η προσφεύγουσα προέβη στις σχετικές ενέργειες, αλλά ενέμεινε στην αρχική της θέση, όπως εξακολουθεί να θεωρεί ότι η ... θα της

προμήθευε τα επίμαχα προϊόντα, παρόλο που ρητά στην από 04.01.2022 επιστολή της προς την προσφεύγουσα ρητά δήλωσε ότι «*Η ενημερώνει την ... να μην συμμετάσχει και υπογράψει καμία σύμβαση σχετικά με την παροχή αυτών των αντιδραστηρίων, καθώς δεν μπορούμε να εγγυηθούμε την διαθεσιμότητα τους για το επόμενο έτος*». Οι δε εν συνεχεία προτάσεις της προσφεύγουσας, ειδικότερα όπως αυτές αποτυπώθηκαν στις υπ' αρ. πρωτ. .../17.05.2022 και από 06.06.2022 επιστολές της, περί αλλαγής κωδικών για τον αυτόματο αναλυτή, ήτοι ότι «*...σας ενημερώνουμε ότι στο προσφερόμενο συνοδό εξοπλισμό θα εφαρμόσουμε τα παρακάτω αντιδραστήρια του κατασκευαστικού οίκου Σας επισυνάπτουμε αναλυτικό πίνακα με τις αλλαγές και παρακαλούμε στη σύμβαση που θα υπογραφεί να αναφέρεται ο πίνακας με τα καινούρια αντιδραστήρια-κωδικούς- περιγραφές*» (βλ. την υπ' αρ. πρωτ. M22184/17.05.2022 επιστολή), ουδόλως δύνανται να θεωρηθούν ότι συνιστούν ενέργειες προς προφύλαξη της προσφεύγουσας από την επέλευση του μη φυσιολογικού γεγονότος, δοθέντος ότι, όπως βασίμως η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει, τυχόν αποδοχή αυτών, προς αντικατάσταση των ζητούμενων με τη Διακήρυξη, θα οδηγούσε σε μη επιτρεπτή ουσιώδη τροποποίηση της σύμβασης, δοθέντος ότι, στο άρ. 337, παρ. 4, περ. α του Ν. 4412/2016 ουσιώδης θεωρείται μια τροποποίηση, μεταξύ άλλων, όταν «*η τροποποίηση εισάγει όρους οι οποίοι, εάν είχαν αποτελέσει μέρος της αρχικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης, θα είχαν επιτρέψει τη συμμετοχή διαφορετικών υποψηφίων από αυτούς που επιλέχθηκαν αρχικώς ή στην αποδοχή άλλης προσφοράς από εκείνη που επελέγη αρχικώς ή θα προσέλκυαν και άλλους συμμετέχοντες στη διαδικασία σύναψης σύμβασης*», ήτοι εν προκειμένω τα προτεινόμενα υλικά, σύμφωνα και με το υπ' αρ. πρωτ. 16260/16.06.2022 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής, δεν συμμορφώνονται «*με τις τεχνικές προδιαγραφές που είχαν οριστεί και που έχουν βαρυσήμαντο ρόλο στην διαδικασία εκτέλεσης των αναλύσεων καθώς και στην αξιοπιστία του τελικού αποτελέσματος*». Ο δε ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι «*έχουμε τη δυνατότητα να προμηθεύσουμε την αναθέτουσα με αντιδραστήρια έτερης εταιρείας, τα οποία όμως αρνείται να δεχθεί, δίχως μάλιστα να τεκμηριώνουν τον λόγο της ως άνω απόρριψης*» (σελ. 15/20 προσφυγής)

απορρίπτεται ως αβάσιμος, δοθέντος ότι, όπως παρατέθηκε ανωτέρω, ουδόλως πρόκειται για τα ίδια προϊόντα, αλλά για σαφώς διαφορετικά των οριζόμενων, τα οποία ουδόλως πληρούν τις τεθείσες τεχνικές προδιαγραφές με τη Διακήρυξη που συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, κατά τα ως άνω. Εξ ετέρου, όπως βασίμως η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει, κατά το αρχικώς υποβληθέν αίτημα, καθώς και στα εν συνεχεία υποβληθέντα, η προσφεύγουσα δεν δήλωσε ότι ποτέ δεν θα μπορέσει να εκτελέσει τη σύμβαση, αλλά, όπως αναφέρει και στην από 04.03.2022 επιστολή της ότι *«για λόγους ανωτέρας βίας που δεν ανάγονται στη σφαίρα της επιρροής μας, θα υπάρξουν ίσως προσκόμματα στην παράδοση των αντιδραστηρίων»*, στη δε υπ' αρ. πρωτ. Μ21206/06.12.2021 επιστολή της αναφέρεται ότι *«... δε θα μπορέσουμε να σας προμηθεύσουμε τα προσφερόμενα είδη... η δεν μπορεί για την ώρα να δεσμευθεί για τον χρόνο στον οποίο θα έχει ξεπεράσει τα προβλήματα αυτά οπότε τα προσφερόμενα προϊόντα θα είναι ξανά διαθέσιμα, προκειμένου να είμαστε σε θέση να εκτελέσουμε τις παραγγελίες σας»*. Επομένως, ουδόλως πληρούται η προϋπόθεση του άρ. 204 του Ν. 4412/2016 περί συνδρομής γεγονότος που συνιστά ανωτέρα βία, κατά τα ως άνω, συναφώς, ουδόλως εφαρμόζεται το άρ. 203, παρ. 3 του Ν. 4412/2016 εν προκειμένω. Ως προς τον επικουρικό ισχυρισμό της προσφεύγουσας περί της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής της, βασίμως η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι εν προκειμένω η εγγυητική επιστολή συμμετοχής της έληξε στις 24.05.2022, άρα δεν υπάρχει δυνατότητα κατάπτωσής της. Σε κάθε περίπτωση, ακόμα και αν θεωρηθεί ότι το ως άνω γεγονός συνιστά ανωτέρα βία, ουδόλως η προσφεύγουσα προέβη εμπροθέσμως στη γνωστοποίηση αυτού και στην προσκόμιση των σχετικών εγγράφων, δοθέντος ότι, όπως προκύπτει από το φάκελο της υπόθεσης, η προσφεύγουσα έλαβε το πρώτον γνώση περί της μη διαθεσιμότητας των επίμαχων προϊόντων με την από 04.11.2021 επιστολή της προμηθεύτριας εταιρίας και όχι στις 03.12.2021, όπως αβάσιμα η προσφεύγουσα στην υπό κρίση προδικαστική προσφυγή υποστηρίζει. Δηλαδή, υπό την υποθετική εκδοχή ότι συντρέχει ανωτέρα βία, η προσφεύγουσα όφειλε, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρ. 204 του Ν. 4412/2016 *«μέσα σε είκοσι (20) ημέρες από τότε που συνέβησαν τα*

περιστατικά που συνιστούν την ανωτέρα βία, να αναφέρει εγγράφως αυτά και να προσκομίσει στην αναθέτουσα αρχή τα απαραίτητα αποδεικτικά στοιχεία», ήτοι εντός είκοσι (20) ημερών από τις 04.11.2021 και όχι από τις 03.12.2021, ακόμα δε εάν θεωρηθεί ότι η 03.12.2021 αποτελεί την εκκίνηση της ως άνω προθεσμίας, και πάλι ουδόλως η προσφεύγουσα προέβη εμπροθέσμως στη σχετική γνωστοποίηση προς την αναθέτουσα αρχή, δοθέντος ότι η 23.12.2021 ουδόλως ήταν μέρα εξαιρετέα. Επιπλέον, απορριπτέος κρίνεται και ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι «η ως άνω πρόσκληση μας απεστάλη ομοίως παρανόμως σε χρονικό διάστημα που απείχε πολλούς μήνες από την κατακυρωτική απόφαση και σε καμία περίπτωση εντός 60 ημερών από αυτή (η οποία κατακυρωτική εκδόθηκε στις 23.02.2022 και μας κοινοποιήθηκε στις 16/5/2022 (αριθμ. Πρωτ. 12843) (βλ. άρ. 105 παρ. 8) και ως εκ τούτου δεν είχαμε καμία υποχρέωση όπως προβούμε σε υπογραφή της σχετικής σύμβασης», διότι, όπως βασίμως η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει στις απόψεις της, η υπ' αρ. πρωτ. 139/9/20.04.2022 απόφαση ΔΣ αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης κοινοποιήθηκε στις 03.05.2022 μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, η δε πρόσκληση προς υπογραφή της σύμβασης απεστάλη στις 16.05.2022, ομοίως μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, ήτοι όχι πέραν των 60 ημερών. Επομένως, βάσει των ανωτέρω, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρ. 105, παρ. 7 του Ν. 4412/2016, νομίμως η αναθέτουσα αρχή κήρυξε την προσφεύγουσα έκπτωτη, λόγω άρνησης υπογραφής της σύμβασης και ματαίωσε τον διαγωνισμό που αφορούσε στον επίμαχο αναλυτή, δεδομένου ότι αποτελούσε την μοναδική προσφέρουσα. Συνεπώς, απορρίπτεται ως αβάσιμος ο μόνος λόγος της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής.

14. Επειδή η εισήγηση γίνεται δεκτή.

15. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και το παράβολο να καταπέσει.

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός απόφασης : 1448/2022

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 23.09.2022 και εκδόθηκε στις 05.10.2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΖΕΡΒΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ