

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (ΕΑΔΗΣΥ)**1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνεδρίασε στις 10-11-2022 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Μέλος-Εισηγητής και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος.

-Για να εξετάσει την από 4-10-2022 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ενιαίας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΑΔΗΣΥ) 1396/10-10-2022 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «... ...», νόμιμα εκπροσωπούμενου.

-Κατά της αναθέτουσας αρχής «... ...», νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Με την πιο πάνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της με αριθμό 28/2022 (αριθμό πρωτ. .../8-9-2022) διακήρυξης της αναθέτουσας, ειδικώς όσον αφορά στις με αριθμό 4 και 5 τεχνικές προδιαγραφές του τμήματος Γ (ΗΜΙΑΥΤΟΜΑΤΟ ΣΥΣΤΗΜΑ ΜΕ ΤΕΧΝΙΚΗ ΓΕΛΗΣ), επιμέρους εκτιμώμενης αξίας 45.935,01 ευρώ χωρίς ΦΠΑ, στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης για την ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ..., συνολικής εκτιμώμενης χωρίς ΦΠΑ αξίας 299.871,98 ευρώ, που στάλθηκε για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ στις 7-9-2022 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μον. ΑΔΑΜ ... την 9-9-2022 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α Η αναθέτουσα υπέβαλε τις από 20-10-2022 Απόψεις της και ο προσφεύγων το από 25-10-2022 Υπόμνημά του.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε σύμφωνα με το άρθρο 5 του πδ 39/2017 και του άρθρου 363 του ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ... ποσού 600,00 ευρώ.
2. Επειδή, στο πλαίσιο της διαδικασίας που εμπίπτει στην αρμοδιότητα της ΕΑΔΗΣΥ λόγω αξίας και χρόνου αποστολής προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ, εμπρόθεσμα (361 παρ. 1 περ. γ' εδ. β' . 4412/2016), κατόπιν της από 9-9-2022 δημοσίευσης στο ΚΗΜΔΗΣ και της από 26-9-2022 δηλούμενης από τον προσφεύγοντα γνώσης της προσβαλλομένης και καταρχήν, με επικαλούμενο

έννομο συμφέρον ασκείται η προσφυγή του δηλούντος ενδιαφέρον συμμετοχής στο τμήμα Γ της διαδικασίας κατά επιμέρους προδιαγραφών της διακήρυξης, που αφορούν στο τμήμα αυτό. Συγκεκριμένα, προσβάλλει τις προδιαγραφές 4 και 5 του Κεφαλαίου «Γ. α) ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΜΙΚΡΟΜΕΘΟΔΟΥ ΓΕΛΗΣ-GEL TEST (ημιαυτόματο σύστημα)» του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ II-ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ-ΦΥΛΛΟ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ, οι οποίες ορίζουν ότι « Τεχνική μικρομεθόδου γέλης με κάρτες για: ... • Καθορισμός μεμονωμένων και πολλαπλών ερυθροκυτταρικών αντιγόνων Cw,k,Kpa,Kpb,Jka,Jkb,Lea, Leb, P1,Lua,Lub,M,N σε στήλες γέλης με ενσωματωμένο αντιορό. (απαραίτητη προϋπόθεση). • Καθορισμός μεμονωμένων και πολλαπλών ερυθροκυτταρικών αντιγόνων Fya,Fyb,S,s σε στήλες γέλης με προσθήκη αντίστοιχου αντιορού.» (σελ. 71 της διακήρυξης). Ο προσφεύγων επικαλείται ότι οι προσβαλλόμενοι όροι τον εμποδίζουν αδικαιολόγητα να μετάσχει, λόγω του επικαλούμενου χαρακτήρα τους ως «φωτογραφικοί». Άρα, η προσφυγή πρέπει να εξεταστεί κατ' ουσία, ενώ το τυχόν ειδικότερο έννομο συμφέρον για τους επιμέρους ισχυρισμούς του προσφεύγοντα, θα εξετασθεί στο πλαίσιο της ουσιαστικής εξέτασης της προσφυγής.

3. Επειδή, με τις προσβαλλόμενες προδιαγραφές η αναθέτουσα καθόρισε δύο επιμέρους και διακριτές τεχνικές μεθόδους, την καθεμία για τον καθορισμό επιμέρους τύπων αντιγόνων. Με την πρώτη τεχνική, δηλαδή της χρήσης ενσωματωμένου αντιορού, ο αντιορός είναι εκ των προτέρων ενσωματωμένος στις χρησιμοποιούμενες για την εξέταση κάρτες γέλης. Με τη δεύτερη τεχνική, δηλαδή την προσθήκη αντιορού, προστίθεται κατά την εξέταση στις κάρτες γέλης, ο αντιορός που αφορά το επιμέρους αντιγόνο στις κάρτες γέλης. Ο προσφεύγων προβάλλει, ότι δεν καλύπτει την απαίτηση για την πρώτη μέθοδο, δηλαδή για τον ενσωματωμένο αντιορό, όσον αφορά τα παραπάνω αντιγόνα για τα οποία την προορίζει η προδιαγραφή 4. Περαιτέρω, προβάλλει, ότι η παραπάνω διαφοροποίηση ζητούμενης τεχνικής μεταξύ των δύο ομάδων αντιγόνων και εν τέλει και η απαίτηση για την τεχνική ενσωματωμένου αντιορού για την πρώτη ομάδα αντιγόνων είναι αδικαιολόγητη και υπέρμετρα περιοριστική, διότι οι δύο τεχνικές είναι απόλυτα ισοδύναμες μεταξύ τους. Και ναι μεν, η αναθέτουσα με τις Απόψεις

της (με τις οποίες παραδεκτά καταρχήν παραθέτει αιτιολογία για τους προσβαλλόμενους όρους, κατά το άρθρο 365 παρ. 4 ν. 4412/2016), προβάλλει ότι η τεχνική του ενσωματωμένου αντιορού μειώνει τον χρόνο και τις απαραίτητες διαδικασίες και ενέργειες του προσωπικού που εκτελεί την εξέταση (αφού δεν χρειάζεται να προβεί σε προσθήκη του αντιορού από διακριτό φιαλίδιο στη γέλη), όπως και την πιθανότητα σφάλματος χειρίσμου και άρα, τους κινδύνους καταστροφής αντιορού ή και αλλοίωσης του υλικού εξέτασης, εξυπηρετώντας έτσι τη λειτουργία των διαγνωστικών τμημάτων της αναθέτουσας, λόγω και της έλλειψης προσωπικού και του φόρτου εργασίας τους. Όμως, παρότι η αναθέτουσα παρουσιάζει τα πλεονεκτήματα της πρώτης μεθόδου έναντι της δεύτερης, δεν εξηγεί τον λόγο για τον οποίο, η πρώτη μέθοδος θεσπίσθηκε αποκλειστικά για μια ομάδα αντιγόνων, ενώ η δεύτερη, η οποία κατά τις ίδιες τις Απόψεις της αναθέτουσας ενέχει κίνδυνο σφάλματος και προκαλεί αύξηση φόρτου εργασίας στο προσωπικό, προβλέπεται και αυτή και μάλιστα για μια άλλη ομάδα αντιγόνων. Ούτε η αναθέτουσα εξηγεί τη διαφοροποίηση στη μεταχείριση των δύο ομάδων αντιγόνων και για ποιο λόγο επιλέχθηκε για τη μία ομάδα, μια τεχνική προβαλλόμενη ως αποτελεσματικότερη, αλλά για την άλλη ομάδα, επιλέχθηκε μια τεχνική προβαλλόμενη από την ίδια την αναθέτουσα, ως υποδεέστερη. Ούτε παρουσιάζει τυχόν παραμέτρους συγκριτικού κόστους, σε συσχέτιση με τη συχνότητα εξετάσεων της μίας έναντι της άλλης ομάδας αντιγόνων, ώστε να δικαιολογηθεί τυχόν ότι η πρόβλεψη της πρώτης μεθόδου και για τη δεύτερη ομάδα, θα επιβάρυνε δυσανάλογα το κόστος της σύμβασης, χωρίς αντίστοιχα σημαντικό λειτουργικό όφελος. Επιπλέον, ο ισχυρισμός της αναθέτουσας σχετικά με την εμπιστοσύνη του προσωπικού της στη μέθοδο του ενσωματωμένου αντιορού, λόγω του σύγχρονου χαρακτήρα της, εκτός από αόριστος και αναπτόδεικτος, είναι ούτως ή άλλως και ανεπίδεκτος αξιολόγησης, αφού δεν προσδιορίζει αυτοτελώς κάποιο συγκεκριμένο πλεονέκτημα της μεθόδου. Εξάλλου, ο ισχυρισμός αυτός αντιφάσκει με το γεγονός πως η αναθέτουσα θέσπισε την παλαιότερη μέθοδο, για την οποία το προσωπικό της έχει μικρότερη εμπιστοσύνη, όσον αφορά τη δεύτερη ομάδα αντιγόνων. Το τυχόν γεγονός πως η πρώτη μέθοδος παρουσιάζει πλεονεκτήματα έναντι της δεύτερης, αλλά επιλέχθηκε μόνο για τη μία από τις δύο ομάδες αντιγόνων, όχι μόνο δεν συνεπάγεται, όπως ισχυρίζεται η

αναθέτουσα, ότι είναι δικαιολογημένη αυτοτελώς όσον αφορά την πρώτη ομάδα αντιγόνων (δηλαδή την προδιαγραφή 4) αλλά αναιρεί την ίδια τη δικαιολόγηση που επικαλείται η αναθέτουσα, αφού η ίδια η διακήρυξη, ορίζουσα ως προδιαγραφή 5, τη δεύτερη μέθοδο, αποδέχεται αυτήν ως αρκούντως λειτουργική και αποτελεσματική.

4. Επειδή, δεν προκύπτει, δεν προβάλλεται, ούτε τεκμηριώνεται η διαφοροποίηση μεταχείρισης μεταξύ των δύο ομάδων αντιγόνων, αλλά αντίθετα η ίδια η διακήρυξη τελικά αποδέχεται την τεχνική ισοδυναμία των δύο μεθόδων ή σε κάθε περίπτωση, ότι η δεύτερη μέθοδος δεν υπολείπεται λειτουργικά από την πρώτη, σε τέτοιο βαθμό, ώστε να δικαιολογείται η επί ποινή αποκλεισμού θέσπιση της πρώτης ακόμα και για την πρώτη ομάδα αντιγόνων (δηλαδή την ομάδα της προδιαγραφής 4). Έτσι όμως, προκύπτει ότι η επί ποινή αποκλεισμού απαίτηση της πρώτης τεχνικής και ο αποκλεισμός συμμετοχής με τη δεύτερη τεχνική, όσον αφορά την ομάδα αντιγόνων της προδιαγραφής 4, συνιστούν αδικαιολόγητους και άρα, δυσανάλογα περιοριστικούς όρους, όπως βάσιμα προβάλλει ο προσφεύγων. Άρα, κατ' αποδοχή των ισχυρισμών του προσφεύγοντα, η προδιαγραφή 4 είναι μη νόμιμη και ακυρωτέα. Κατά την ειδικότερη γνώμη του Μέλους του Κλιμακίου Αθηνάς Μπουζιούρη, η πληττόμενη προδιαγραφή είναι ακυρωτέα, διότι η θέσπισή της δεν αιτιολογείται επαρκώς από την αναθέτουσα αρχή. Ειδικότερα, στο πλαίσιο του διενεργούμενου από την ΕΑΔΗΣΥ ελέγχου νομιμότητας, ελέγχεται η τήρηση των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής να θεσπίζει τις τεχνικές προδιαγραφές των υπό προμήθεια ειδών σύμφωνα με τις ανάγκες της. Για τον έλεγχο δε της εν λόγω διακριτικής ευχέρειας απαιτείται να παρατίθεται νόμιμη, ήτοι σαφής, ειδική και επαρκής αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης και στην προκειμένη περίπτωση, της πληττόμενης τεχνικής προδιαγραφής. Η αναθέτουσα αρχή όμως διαφοροποιεί τις τεχνικές προδιαγραφές ορισμένων εξετάσεων ενός ενιαίου τμήματος (Ομάδα Γ') της Διακήρυξης, ήτοι των εξετάσεων που διενεργούνται με ημιαυτόματο σύστημα με τεχνική γέλης, χωρίς να αιτιολογεί επαρκώς τους λόγους της διαφοροποίησης αυτής. Ειδικότερα, οι λόγοι επιλογής της μεθόδου του ενσωματωμένου αντιορού, όπως αυτοί παρατίθενται στις απόψεις της αναθέτουσας αρχής, ανάγονται στον τρόπο λειτουργίας της υπηρεσίας αιμοδοσίας του Νοσοκομείου, ο οποίος κατ'

ανάγκη είναι ενιαίος για όλες τις διενεργούμενες εξετάσεις και επομένως, δεν αιτιολογεί τη διαφοροποίηση των απαιτήσεων της αναθέτουσας αρχής για εξετάσεις της ίδιας ομάδας της Διακήρυξης. Αντίθετα, ο προσφεύγων δεν στοιχειοθετεί έννομο συμφέρον για την προσβολή της προδιαγραφής 5 (η οποία ακριβώς επιτρέπει τη συμμετοχή με τη δεύτερη μέθοδο, έστω και για τη δεύτερη ομάδα αντιγόνων), αφού ο ίδιος προβάλλει δυνατότητα πλήρωσής της και διάθεσης της τεχνικής προσθήκης αντιορού, μεταξύ άλλων και όσον αφορά την ομάδα αντιγόνων που η προδιαγραφή 5 θέτει ως αντικείμενο εφαρμογής της. Εξάλλου, ο προσφεύγων δεν προβάλλει καν ισχυρισμούς κατά αυτής καθαυτής της προδιαγραφής 5 και της πρόβλεψης της δεύτερης παραπάνω μεθόδου για τον καθορισμό των αντιγόνων Fya,Fyb,S,s, αλλά απλώς αναφέρεται στην προδιαγραφή 5, προκειμένου να καταδείξει την αναντιστοιχία και αδικαιολόγητη διαφοροποίηση, σε σχέση με την προδιαγραφή 4. Συνεπώς, το στρεφόμενο κατά της προδιαγραφής 5 σκέλος της προσφυγής, είναι απορριπτέο.

5. Επειδή, επομένως, πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή, δηλαδή κατά το μέρος που στρέφεται κατά της παραπάνω προδιαγραφής 4. Να ακυρωθεί η προδιαγραφή 4 («Καθορισμός μεμονωμένων και πολλαπλών ερυθροκυτταρικών αντιγόνων Cw,k,Kra,Krb,Jka,Jkb,Lea, Leb, P1,Lua,Lub,M,N σε στήλες γέλης με ενσωματωμένο αντιορό. (απαραίτητη προϋπόθεση).») του παραπάνω κεφαλαίου του τμήματος Γ της προσβαλλόμενης διακήρυξης.

6. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την τεχνική προδιαγραφή 4 του Κεφαλαίου Γ α) ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΜΙΚΡΟΜΕΘΟΔΟΥ ΓΕΛΗΣ-GEL TEST (ημιαυτόματο σύστημα) του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ II της διακήρυξης.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και στις 10-11-2022 και εκδόθηκε στις 21-11-2022.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ

Α/Α ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΠΑΝΑΓΙΩΤΙΔΟΥ