

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 07.08.2018 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου -Εισηγήτρια- και Μαρία Μανδράκη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 02.07.2018 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 612/09.07.2018 της εταιρίας με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά των όρων της με αριθ. 51/2018 Διακήρυξης της 4^{ης} Υγειονομικής Περιφέρειας {...} για τη διενέργεια ηλεκτρονικού, ανοικτού, δημόσιου διαγωνισμού με αντικείμενο την προμήθεια ειδών «Αντιδραστήριων και Αναλώσιμων για Ανοσολογικές Εξετάσεις (με παραχώρηση συνοδού εξοπλισμού)», συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 282.258,00 ευρώ (χωρίς ΦΠΑ και δικαίωμα προαιρέσεως), με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της, η Προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση των επιμέρους προσβαλλόμενων όρων της ανωτέρω Διακήρυξης, οι οποίοι κατά τους ισχυρισμούς της, είτε τίθενται κατά παράβαση του ισχύοντος νομικού πλαισίου περί δημοσίων συμβάσεων όπως και της αρχής της αναλογικότητας, είτε τίθεται ασαφώς και αορίστως, θίγοντας το δικαίωμα συμμετοχής της στον εν λόγω διαγωνισμό.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αριθμός απόφασης: 617/2018

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με τη με αριθ. 51/2018 Διακήρυξη της 4^{ης} Υγειονομικής Περιφέρειας {...} προκηρύχθηκε ανοικτός, ηλεκτρονικός, δημόσιος διαγωνισμός άνω των ορίων με αντικείμενο την προμήθεια ειδών «Αντιδραστήρια και Αναλώσιμα για Ανοσολογικές Εξετάσεις (με παραχώρηση συνοδού εξοπλισμού)», συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 282.258,00 ευρώ χωρίς ΦΠΑ και 350.000,00 ευρώ με ΦΠΑ (ή 352.822,58 ευρώ χωρίς ΦΠΑ και 437.500,00€ με ΦΠΑ, αν ασκηθεί και το δικαίωμα προαίρεσης), με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, η οποία Διακήρυξη καταχωρήθηκε στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης την 11.06.2018, στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 14.06.2018 και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 14.06.2018, όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α 58202.

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 221661184958 0828 0079), ποσού 1.764,12 €. Εντούτοις, για τον υπολογισμό του καταβλητέου ποσού παραβόλου δεν λαμβάνεται υπόψη και η δαπάνη που αντιστοιχεί σε ενδεχόμενη άσκηση του δικαιώματος προαίρεσης, δοθέντος ότι το οριστικό ύψος της δαπάνης αυτής δεν μπορεί εκ των προτέρων να καθοριστεί, εφόσον είναι αβέβαιο αν και μέχρι ποιου ύψους θα ασκηθεί το δικαίωμα αυτό (Δ.Εφ.Κομ. Ν43/2017, ΣτΕ ΕΑ 187/2017, 10/2017). Κατ' ακολουθίαν, κατά το μέρος που το ύψος του ποσού του παραβόλου υπολογίστηκε με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη ύψους 352.822,58 € χωρίς Φ.Π.Α., ήτοι συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης και καταβλήθηκε παράβολο ποσού 1.764,12 €, αντί του ορθού ποσού των 1.411,29€, που θα έπρεπε να υπολογιστεί σύμφωνα με την προϋπολογιζόμενη δαπάνη ύψους 282.258,00 € χωρίς Φ.Π.Α. και χωρίς να συμπεριλαμβάνεται το δικαίωμα

Αριθμός απόφασης: 617/2018

προαίρεσης ($282.258,00 \times 0,5\% = 1.411,29 \text{ €}$), το οποίο υπερβαίνει το νόμιμο προς καταβολή κατά το ποσό των 352,83 € ($1.764,12 - 1.411,29 = 352,83 \text{ €}$), θα πρέπει στην περίπτωση απόρριψης της εν λόγω προσφυγής με την επί αυτής απόφαση να επιστραφεί στην προσφεύγουσα το πλέον του νόμιμου ποσό των 352,83€, και τούτο δεδομένου ότι στην περίπτωση της αποδοχής της προσφυγής επιστρέφεται το συνολικό ποσό του παραβόλου.

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

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 282.258,00 ευρώ χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, όπως και του χρόνου δημοσίευσης της διακήρυξης στην Ε.Ε.Ε.Ε., εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, όπου προβλέπεται ότι «1. σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: (α) ... (β) ... (γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ», αφού η πλήρης γνώση της προσβαλλόμενης πράξης τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε ημερών από τη δημοσίευση της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ, η οποία γνώση επήλθε την 29.06.2018, ως άλλωστε δηλώνει και η προσφεύγουσα, οπότε και εκκινεί η δεκαήμερη προθεσμία για την άσκηση Προσφυγής, και η

Αριθμός απόφασης: 617/2018

Προδικαστική Προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 02.07.2018.

6. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής». Περαιτέρω, το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017.

7. Επειδή, με την υπό κρίση προσφυγή της, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά επιμέρους όρων της υπόψη Διακήρυξης και ειδικότερα κατά : α) του με αριθ. 7 όρου του Παραρτήματος Β – Τεχνικές Προδιαγραφές κατά τον οποίο απαιτείται το προσφερόμενο είδος ανασολογικού αναλυτή να έχει δυνατότητα εκτέλεσης ταυτόχρονα πάνω από 15 διαφορετικών εξετάσεων, προβάλλοντας ότι η εν λόγω απαίτηση τίθεται αορίστως, αναπιολόγητα, σε κάθε δε περίπτωση ότι είναι υπερβολική και μη αναγκαία, β) της απαιτούμενης με α/α 21 ιατρικής εξέτασης VITAMIN D, η οποία περιλαμβάνεται στον Πίνακα Εξετάσεων του Παραρτήματος Β – Τεχνικές Προδιαγραφές, προβάλλοντας ότι η

Αριθμός απόφασης: 617/2018

εν λόγω εξέταση δε συγκαταλέγεται στις απολύτως απαραίτητες εξετάσεις που προσιδιάζουν στην αποστολή και τη φύση των Κέντρων Υγείας, και ως εκ τούτου είναι μη αναγκαία αλλά και ιδιαιτέρως δαπανηρή, γ) των με αριθ. 16 και 20 όρων του Παραρτήματος Β – Τεχνικές Προδιαγραφές κατά τους οποίους απαιτείται για το προσφερόμενο είδος ανοσολογικού αναλυτή «16. Να έχει δυνατότητα ανάλυσης δειγμάτων μικρού όγκου» και «20. Το πρόγραμμα λειτουργίας να είναι εύχρηστο με έγχρωμη οθόνη αφής», προβάλλοντας ότι με τους εν λόγω όρους τίθενται προδιαγραφές αόριστες διότι δεν τίθενται συγκεκριμένα κριτήρια για τον προσδιορισμό του μικρού όγκου των δειγμάτων και του εύχρηστου του προγράμματος και δ) του άρθρου 5 παρ. β.δ) της διακήρυξης κατά το μέρος που δεν προβλέπεται η δυνατότητα έκδοσης εγγυητικών επιστολών, μεταξύ άλλων, και από ασφαλιστικές επιχειρήσεις κατά την έννοια των περιπτώσεων β' και γ' της παρ. 1 του άρθρου 14 του Ν. 4364/2016, ως η δυνατότητα τούτη προβλέφθηκε με τη διάταξη του άρθρου 15 του Ν. 4541/2018, τροποποιώντας αναλόγως το άρθρο 72 παρ. 3 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι η ίδια συνιστά εταιρία που δραστηριοποιείται στην οικεία αγορά, έχοντας συμμετάσχει νομίμως σε δημόσιους διαγωνισμούς με αντικείμενο την προμήθεια αντιδραστηρίων και αναλωσίμων για ανοσολογικούς αναλυτές, με αποτέλεσμα να έχει ενεργό ενδιαφέρον για την υποβολή προσφοράς στον υπόψη διαγωνισμό, όπως και δικαίωμα συμμετοχής σε αυτόν, δικαίωμα το οποίο κωλύεται εκ των ως άνω προσβαλλόμενων όρων, στο μέτρο που με αυτούς τίθενται προδιαγραφές αόριστες και αναιτιολόγητες, σε κάθε περίπτωση υπερβολικές και μη αναγκαίες σε σχέση με το αντικείμενο της σύμβασης, καθιστώντας αδύνατη την υποβολή της προσφοράς της, η οποία υπό αυτούς τους όρους ισχυρίζεται ότι θα απορριφθεί.

9. Επειδή, με το υπ' αριθ. πρωτ. 27986/12.07.2018 έγγραφό της, η αναθέτουσα αρχή εκφράζει τις απόψεις της επί της εν λόγω Προσφυγής, με τις οποίες, σύμφωνα με τα άρθρα 365 παρ. 1 του Ν.4412/2016 και 9 παρ. 1 του

Αριθμός απόφασης: 617/2018

Π.Δ. 39/2017, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την Προδικαστική Προσφυγή πράξης.

10. Επειδή, με το άρθρο 18 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24 ΕΕ) με τίτλο «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» προβλέπεται ότι : *«1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων».*

11. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 54 με τίτλο : «Τεχνικές προδιαγραφές» του Ν. 4412/2016 (άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), ορίζεται ότι *«1. Οι τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται στην περίπτωση 1 του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α΄ παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. 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*

Αριθμός απόφασης: 617/2018

αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό. 3. Οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται με έναν από τους κατωτέρω τρόπους: α) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, συμπεριλαμβανομένων των περιβαλλοντικών χαρακτηριστικών, υπό την προϋπόθεση ότι οι παράμετροι είναι επαρκώς προσδιορισμένες ώστε να επιτρέπουν στους προσφέροντες να προσδιορίζουν το αντικείμενο της σύμβασης και στις αναθέτουσες αρχές να αναθέτουν τη σύμβαση, β) με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και, με σειρά προτεραιότητας, σε εθνικά πρότυπα που αποτελούν μεταφορά ευρωπαϊκών προτύπων, 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. [...]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 ισοδύναμο τρόπο τις απαιτήσεις που καθορίζονται από τις τεχνικές προδιαγραφές. 6. Όταν η αναθέτουσα αρχή χρησιμοποιεί τη δυνατότητα που αναφέρεται στην περίπτωση

Αριθμός απόφασης: 617/2018

α΄ της παρ. 3 για τη διατύπωση των τεχνικών προδιαγραφών με αναφορά στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις, δεν απορρίπτει προσφορά έργων, αγαθών ή υπηρεσία 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». Περαιτέρω, με το άρθρο 56 του ν. 4412/2016 (άρθρο 44 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) με τίτλο : «Εκθέσεις δοκιμών, πιστοποίηση και άλλα αποδεικτικά μέσα» ορίζεται ότι «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να προσκομίζουν έκθεση δοκιμών από οργανισμό αξιολόγησης της συμμόρφωσης ή πιστοποιητικό που έχει εκδοθεί από τέτοιο οργανισμό ως αποδεικτικό μέσο συμμόρφωσης με απαιτήσεις ή κριτήρια που αναφέρονται στις τεχνικές προδιαγραφές, τα κριτήρια ανάθεσης ή τους όρους εκτέλεσης της σύμβασης. Αν οι αναθέτουσες αρχές απαιτούν την υποβολή πιστοποιητικών εκδιδόμενων από συγκεκριμένο οργανισμό αξιολόγησης της συμμόρφωσης, οφείλουν να δέχονται επίσης πιστοποιητικά από άλλους ισοδύναμους οργανισμούς αξιολόγησης της συμμόρφωσης. Για τους σκοπούς της παρούσας παραγράφου, οργανισμός αξιολόγησης της συμμόρφωσης είναι ένας οργανισμός ο οποίος πραγματοποιεί δραστηριότητες αξιολόγησης της συμμόρφωσης, συμπεριλαμβανομένων βαθμονομήσεων, δοκιμών πιστοποίησης και επιθεώρησης και είναι διαπιστευμένος, σύμφωνα με τον κανονισμό (ΕΚ) αριθμ. 765/2008 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου. 2. Οι αναθέτουσες αρχές δέχονται και άλλα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, εκτός από αυτά που αναφέρονται στην παρ. 1, όπως τον τεχνικό φάκελο του κατασκευαστή, εφόσον ο ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας δεν έχει πρόσβαση στα πιστοποιητικά ή στις εκθέσεις δοκιμών που αναφέρονται στην

Αριθμός απόφασης: 617/2018

παράγραφος 1 ή δεν έχει τη δυνατότητα να τα αποκτήσει εντός των σχετικών προθεσμιών, υπό τους όρους ότι για την αδυναμία πρόσβασης δεν ευθύνεται ο ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας και ότι ο ίδιος αποδεικνύει ότι τα προς παροχή έργα, αγαθά και υπηρεσίες πληρούν τις απαιτήσεις ή τα κριτήρια που ορίζονται στις τεχνικές προδιαγραφές, τα κριτήρια ανάθεσης ή τους όρους εκτέλεσης της σύμβασης [...]»

12. Επειδή, κατά πάγια νομολογία γίνεται δεκτό ότι, ακόμα κι αν η αναθέτουσα αρχή είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση της σύμβασης, καθορίζοντας τους όρους, τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, με αποτέλεσμα η θέσπιση με την διακήρυξη των όρων και προδιαγραφών που η αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της να μη συνιστά παράβαση των κανόνων ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν των διαγωνιζομένων, των οποίων η προσφορά δεν πληροί τις προδιαγραφές αυτές, (ΣτΕ Ε.Α. 9/2015, 354/2014, 1140/2010 κ.ά.), οι επίμαχες προδιαγραφές και οι όροι της διακήρυξης πρέπει να ελέγχονται από της απόψεως της τηρήσεως της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (ΣτΕ Ε.Α. 9/2015, 354/2014, 415/14, 257/2010 κ.ά.).

13. Επειδή, ειδικότερα με τον πρώτο λόγο προσφυγής της η προσφεύγουσα βάλλει κατά του όρου 7 του Παραρτήματος Β της υπόψη Διακήρυξης με τον οποίο απαιτείται «ο Ανοσολογικός Αναλυτής να έχει δυνατότητα εκτέλεσης ταυτόχρονα πάνω από 15 διαφορετικών εξετάσεων», ισχυριζόμενη ότι ο όρος αυτός τίθεται αορίστως και χωρίς συγκεκριμένη αιτιολογία, είναι υπερβολικός και μη αναγκαίος και δεν καλύπτει συγκεκριμένη εργαστηριακή ανάγκη, δεδομένου ότι οι εξετάσεις διενεργούνται εβδομαδιαία ή ανά 15 ημέρες. Αντ' αυτού η προσφεύγουσα προτείνει ότι η διατύπωση «*Να διαθέτει χώρο αντιδραστηρίων με τουλάχιστον 15 θέσεις*», θα επέτρεπε τη

Αριθμός απόφασης: 617/2018

συμμετοχή περισσότερων εταιρειών προς επαύξηση του ανταγωνισμού και την επίτευξη χαμηλότερης τιμής προς όφελος της αναθέτουσας αρχής. Τους ισχυρισμούς αυτούς αντικρούει η αναθέτουσα αρχή ως γενικόλογους και αβάσιμους, ισχυριζόμενη ότι «καθόσον από τον πίνακα αιτούμενων εξετάσεων της Διακήρυξης (σελ. 27) προκύπτει ότι οι απαιτούμενες εξετάσεις ανέρχονται συνολικά σε τουλάχιστον 18 διαφορετικές κατηγορίες (με συχνότητα εκτέλεσης εβδομαδιαία), ενώ αθροίζοντας και αυτές που εκτελούνται σε 15πενθήμερη βάση ανέρχονται σε 21 κατηγορίες εξετάσεων συνολικά, είναι προφανές ότι η απαίτηση ο αναλυτής να έχει δυνατότητα ταυτόχρονης εκτέλεσης πάνω από 15 διαφορετικών εξετάσεων είναι απολύτως αναγκαία και απαραίτητη, τελεί δε σε απόλυτη αναλογία με τις λοιπές απαιτήσεις της διακήρυξης και, ειδικώς, με την απαίτηση της διακήρυξης για την εκτέλεση όλων των διαφορετικών ειδών εξετάσεων που αναφέρονται στον σχετικό πίνακα της». Επιπροσθέτως, η αναθέτουσα αρχή επισημαίνει η συγκεκριμένη απαίτηση καλύπτεται από τον σχετικό εξοπλισμό της πλειονότητας των οικονομικών φορέων που δραστηριοποιούνται στον εν λόγω τομέα.

14. Επειδή, στον Πίνακα των Αιτούμενων Εξετάσεων που επισυνάπτεται στο Παράρτημα Β – Τεχνικές Προδιαγραφές της υπόψη Διακήρυξης καταγράφονται συνολικά 21 διαφορετικές κατηγορίες εξετάσεων, εκ των οποίων οι περισσότερες, και συγκεκριμένα οι 18 κατηγορίες εξετάσεων, απαιτείται να ενεργούνται σε εβδομαδιαία συχνότητα, ενώ μόνον 3 διαφορετικές κατηγορίες εξετάσεων απαιτείται να ενεργούνται ανά 15νθήμερο, ήτοι καταγράφονται συνολικά 21 διαφορετικές κατηγορίες εξετάσεων που κατά κύριο λόγο απαιτείται να ενεργούνται σε συγκεκριμένη και σχετικά σύντομη συχνότητα (οι 18 από αυτές σε εβδομαδιαία συχνότητα και οι 3 από αυτές ανά 15νθήμερο), με αποτέλεσμα όπως προδιαγράφεται ως άνω το αντικείμενο της σύμβασης πράγματι να δικαιολογείται η εργαστηριακή ανάγκη το ο Ανοσολογικός Αναλυτής να έχει δυνατότητα εκτέλεσης ταυτόχρονα πάνω από 15 διαφορετικών εξετάσεων, προκειμένου να εξασφαλίζεται η επιτυχής, αποτελεσματική και έγκαιρη διεκπεραίωση των αιτούμενων εξετάσεων και η εξαγωγή των αποτελεσμάτων τους για το σύνολο των ασθενών, και κατ'

Αριθμός απόφασης: 617/2018

επέκταση η εύρυθμη λειτουργία των οικείων Κέντρων Υγείας. Σε κάθε δε περίπτωση απαραίτητα επιχειρεί η προσφεύγουσα δια του πρώτου λόγου προσφυγής της να προτείνει την επαναδιατύπωση του προσβαλλόμενου όρου έτσι ώστε να απαιτείται ο ανοσολογικός αναλυτής «Να διαθέτει χώρο αντιδραστηρίων με τουλάχιστον 15 θέσεις», απορριπτόμενου ως εκ τούτου ως αβάσιμου του πρώτου λόγου προσφυγής.

15. Επειδή, με το δεύτερο λόγο προσφυγής της η προσφεύγουσα αμφισβητεί την αναγκαιότητα της απαιτούμενης με α/α 21 ιατρικής εξέτασης VITAMIN D, η οποία περιλαμβάνεται στον Πίνακα Αιτούμενων Εξετάσεων του Παραρτήματος Β – Τεχνικές Προδιαγραφές της Διακήρυξης, προβάλλοντας ότι η εν λόγω εξέταση δε συγκαταλέγεται στις αναγκαίες εξετάσεις που προσιδιάζουν στην αποστολή και τη φύση των Κέντρων Υγείας, αντιθέτως πρόκειται για μία μη αναγκαία και ιδιαίτερος δαπανηρή εξέταση, η οποία κατά κύριο λόγο συναξιολογείται με Οστικούς Δείκτες και Βιοχημικές εξετάσεις που ζητούνται από Κεντρικά Εργαστήρια Δευτεροβάθμιων και Τριτοβάθμιων Νοσοκομείων και κατά τη συνήθη πρακτική εκτελείται με τη μεταφορά δειγμάτων σε ένα κεντρικό εργαστήριο, γι' αυτό άλλωστε δεν έχει συμπεριληφθεί και σε αντίστοιχο διαγωνισμό που ενήργησε η 3^η ΥΠΕ {...}. Προς επίρρωση του ισχυρισμού της σχετικά με το μη αναγκαίο χαρακτήρα της εξέτασης VITAMIN D, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι από τη μελέτη του Πίνακα των Αιτούμενων Εξετάσεων προκύπτει μια γενικότερη σύγχυση ως προς το ποιες εξετάσεις θεωρούνται αναγκαίες ή όχι, αναφερόμενη σε παραδείγματα. Ήτοι, για τον έλεγχο λειτουργίας του Θυρεοειδή αδένος ζητούνται οι εξετάσεις TSH, T3, T4 αλλά δεν ζητούνται και οι εξετάσεις FT4, FT3, οι οποίες επίσης αποσκοπούν στον έλεγχο λειτουργίας του Θυρεοειδή αδένος σωρευτικά πραγματοποιούμενες με τις πρώτες, με αποτέλεσμα να είναι αδύνατη η ολοκληρωμένη διαγνωστική προσέγγιση και κλινική αξιολόγηση της θυρεοειδικής λειτουργίας. Ομοίως, όσον αφορά τον έλεγχο Γονιμότητας ενώ ζητούνται οι εξετάσεις FSH, LH, PRL, δεν ζητούνται οι εξετάσεις E2, DHEAS, TESTOSTERONE, PROGESTERONE, με αποτέλεσμα και στην περίπτωση αυτή να είναι αδύνατη η ολοκληρωμένη διαγνωστική προσέγγιση

Αριθμός απόφασης: 617/2018

και κλινική αξιολόγηση της γονιμότητας, ενώ όσον αφορά στην αξιολόγηση των επιπέδων σιδήρου, ενώ ζητούνται οι εξετάσεις B12, Folate, δεν ζητείται η εξέταση Ferritin, η οποία είναι εξίσου απαραίτητη.

16. Επειδή, το λόγο αυτόν της προσφυγής αντικρούει η αναθέτουσα αρχή προβάλλοντας ότι με τους ως άνω ισχυρισμούς της η προσφεύγουσα αμφισβητεί εντελώς αόριστα και απαράδεκτα την επιστημονική αναγκαιότητα διενέργειας της εν λόγω εξέτασης, χωρίς να αναφέρεται σε συγκεκριμένους τεχνικούς όρους της διακήρυξης και χωρίς κανένα πειστικό επιστημονικό επιχείρημα, παρά μόνον αμφισβητώντας αυτό καθαυτό το συμβατικό αντικείμενο του διαγωνισμού, το οποίο περιλαμβάνει τη διενέργεια της εν λόγω εξέτασης και το οποίο έχει διαμορφωθεί αρμοδίως με βάση τις ανάγκες της αναθέτουσας αρχής και τις επιστημονικές υποδείξεις των αρμοδίων οργάνων της . Ειδικά δε ως προς την αναγκαιότητα της συγκεκριμένης εξέτασης, η αναθέτουσα αρχή υπογραμμίζει ιδιαίτερα ότι η αναγκαιότητα τούτη προκύπτει από τις καταγεγραμμένες ανάγκες των Μονάδων Υγείας της 4ης ΔΥΠΕ {...} και τα στατιστικά στοιχεία των τελευταίων 2 ετών, σε συνδυασμό με την εισήγηση της επιστημονικής επιτροπής της 4ης ΥΠΕ, συνιστά δε μία εξέταση πλέον διαδεδομένη, η οποία αποτελεί σημαντικό διαγνωστικό εργαλείο στα χεριά των κλινικών ιατρών για τη διαχείριση των ασθενών και υπό αυτό το πρίσμα έχει κριθεί ως απαραίτητη η διαθεσιμότητα της στις Μονάδες Πρωτοβάθμιας Περίθαλψης.

17. Επειδή, ο προσβαλλόμενος όρος στο μέτρο που αμφισβητεί την κρίση της διοίκησης να επιλέξει και να συμπεριλάβει στον πίνακα των αιτούμενων εξετάσεων, και δη στο συμβατικό αντικείμενο της υπόψη διακήρυξης, συγκεκριμένες ιατρικές εξετάσεις, όπως εν προκειμένω την εξέταση VITAMIN D, προβάλλεται απαράδεκτα και αβάσιμα διότι δια αυτού η προσφεύγουσα επιχειρεί κατ' ουσία να προδιαγράψει, κατά τις επαγγελματικές της ανάγκες, το προς προμήθεια είδος, αμφισβητώντας τη σκοπιμότητα της επιλογής στον εν λόγω πίνακα να συμπεριλαμβάνεται και η συγκεκριμένη ιατρική εξέταση (ΣΤΕ 390/2008). Σε κάθε δε περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή με

Αριθμός απόφασης: 617/2018

τις απόψεις της τεκμηριώνει επαρκώς την αναγκαιότητα της εν λόγω εξέτασης, επικαλούμενη αφενός μεν τις καταγεγραμμένες τα δύο τελευταία έτη ανάγκες των Μονάδων Υγείας της 4ης ΔΥΠΕ {...}, αφετέρου δε την από επιστημονικής απόψεως χρησιμότητα της εν λόγω εξέτασης, η οποία έχει αναδειχθεί σε σημαντικό διαγνωστικό εργαλείο στα χεριά των κλινικών ιατρών για τη διαχείριση των ασθενών. Συνεπώς, απορρίπτεται ως αβάσιμος και ο δεύτερος λόγος προσφυγής.

18. Επειδή, με τον τρίτο λόγο προσφυγής της η προσφεύγουσα βάλλει κατά των με αριθ. 16 και 20 όρων του Παραρτήματος Β της Διακήρυξης κατά το μέρος που με αυτούς απαιτείται ο προσφερόμενος ανοσολογικός αναλυτής να έχει δυνατότητα ανάλυσης «δειγμάτων μικρού όγκου» και το πρόγραμμα λειτουργίας του να είναι «εύχρηστο», προβάλλοντας ότι με τους εν λόγω όρους τίθενται προδιαγραφές αόριστες και χωρίς συγκεκριμένα κριτήρια για τον προσδιορισμό του μικρού όγκου των δειγμάτων και του εύχρηστου του προγράμματος. Το λόγο αυτό αντικρούει η αναθέτουσα αρχή επικαλούμενη ότι με τους παραπάνω όρους προβλέπονται ορισμένα επιθυμητά χαρακτηριστικά του ζητούμενου μηχανήματος, χωρίς να γεννάται κίνδυνος αποκλεισμού κάποιου διαγωνιζόμενου. Και τούτο διότι, στην περίπτωση που δεν προσδιορίζεται επακριβώς κατά μέγεθος ο «μικρός όγκος» των υπό ανάλυση δειγμάτων σε καμία περίπτωση δεν βλάπτει το συμφέρον των διαγωνιζομένων, καθώς κάτι τέτοιο θα καθιστούσε πολύ πιο αυστηρό και ανελαστικό τον συγκεκριμένο όρο της Διακήρυξης ενώ η αναφορά στο εύχρηστο του προγράμματος λειτουργίας αποτελεί ένα απολύτως εύλογο γενικό χαρακτηριστικό του εν λόγω λογισμικού, το οποίο θα κριθεί σε συνάρτηση με τα λοιπά ειδικώς προσδιοριζόμενα τεχνικά χαρακτηριστικά που προβλέπονται στον συγκεκριμένο όρο της Διακήρυξης και βάσει των οικείων τεχνικών κανόνων. Σε κάθε περίπτωση, όπως η αναθέτουσα αρχή προβάλλει, με την λεκτική διατύπωση των ανωτέρω όρων της Διακήρυξης σε καμία περίπτωση δεν προκαλείται σύγχυση ή αμφιβολία ως προς τα τεχνικά χαρακτηριστικά που θα πρέπει απαραίτητως να έχουν οι προσφερόμενοι αναλυτές, ενώ, περαιτέρω, οι διαγωνιζόμενοι διατηρούν την ευχέρεια να υποβάλλουν διευκρινιστικά

Αριθμός απόφασης: 617/2018

ερωτήματα προς την αναθέτουσα αρχή σε σχέση με συγκεκριμένους όρους της Διακήρυξης.

19. Επειδή, οι προσβαλλόμενοι κατά τα ανωτέρω όροι περιλαμβάνονται στο Παράρτημα Β της διακήρυξης, όπου απαριθμούνται 38 διαφορετικές απαιτήσεις-τεχνικές προδιαγραφές των προσφερόμενων ανοσολογικών αναλυτών (σελίδες 25-26 διακήρυξης), από τη μελέτη των οποίων προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή αναφέρεται ρητώς και απολύτως συγκεκριμένα σε εκείνες τις τεχνικές προδιαγραφές που εκ της φύσεώς τους απαιτείται να προσδιορίζονται ειδικώς και κατά τρόπο ώστε να συνάδουν και να καλύπτουν τις ανάγκες της, και σε κάθε περίπτωση να αποσαφηνίζουν πλήρως τα επιμέρους τεχνικά χαρακτηριστικά που θα πρέπει απαραίτητως να έχουν οι προσφερόμενοι αναλυτές (για παράδειγμα όροι με α/α 4, 5, 12, 15, 17, 25, 26, 31, 34). Υπό αυτήν την έννοια, «ο μικρός όγκος των δειγμάτων» που φέρονται προς ανάλυση και το «εύχρηστο» του προγράμματος λειτουργίας του αναλυτή αναφέρονται σε απολύτως εύλογα, γενικά χαρακτηριστικά του προσφερόμενου είδους, τα οποία προσδιορίζονται ως τέτοια από την αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με τα διδάγματα της κοινής πείρας και λογικής, χωρίς εκ του αντικειμένου της σύμβασης να προκύπτει ανάγκη περαιτέρω εξειδίκευσής τους. Τούτο άλλωστε συνάγεται και από την εκφορά του συγκεκριμένου λόγου προσφυγής, από τον οποίο ουδόλως αποδεικνύεται κατά ποιόν ειδικό λόγο οι συγκεκριμένοι όροι βλάπτουν τα συμφέροντα της προσφεύγουσας ή αποκλείουν/περιορίζουν το δικαίωμά της να υποβάλλει προσφορά για συγκεκριμένου τύπου μηχάνημα, επιδρώντας στα τεχνικά χαρακτηριστικά του, με συνέπεια για όλους αυτούς τους λόγους να απορρίπτεται ως αβάσιμος και ο τρίτος λόγος προσφυγής.

20. Επειδή, τέλος η προσφεύγουσα προσβάλλει τον όρο του άρθρου 5 παρ. β.δ) της διακήρυξης κατά το μέρος που δεν προβλέπεται η δυνατότητα έκδοσης εγγυητικών επιστολών, μεταξύ άλλων, και από ασφαλιστικές επιχειρήσεις κατά την έννοια των περιπτώσεων β' και γ' της παρ. 1 του άρθρου 14 του Ν. 4364/2016, ως η δυνατότητα τούτη προβλέφθηκε με τη διάταξη του

Αριθμός απόφασης: 617/2018

άρθρου 15 του Ν. 4541/2018, τροποποιώντας αναλόγως το άρθρο 72 παρ. 3 του Ν. 4412/2016. Τα ανωτέρω αντικρούει η αναθέτουσα αρχή επικαλούμενη αφενός μεν ότι ο εν λόγω ισχυρισμός προβάλλεται αλυσιτελώς και άνευ εννόμου συμφέροντος, καθόσον η προσφεύγουσα δεν αναφέρει καν ότι επιθυμεί να εκδώσει εγγυητική επιστολή από ασφαλιστική επιχείρηση ή ότι δεν δύναται να εκδώσει εγγυήσεις από τους φορείς που αναφέρονται στο άρθρο 5 της διακήρυξης, αφετέρου δε ότι ο συγκεκριμένος λόγο της προσφυγής έχει απολύτως προσχηματικό χαρακτήρα, καθότι τα οριζόμενα στο άρθρο 5 της διακήρυξης βασίζονται στις διατάξεις του άρθρου 73 του Ν.4412/2016, οι οποίες τροποποιήθηκαν με την διάταξη του άρθρου 15 παρ . 1 του Ν.4541 /2018 την 31-5-2018, ήτοι λίγες μόνο ημέρες πριν την δημοσίευση της επίμαχης διακήρυξης, η οποία εστάλη για δημοσίευση στην Εφημερίδα της ΕΕ την 11-6-2018 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 14-6-2018, τροποποίηση η οποία μάλιστα δεν είχε ενσωματωθεί και στα πιο πρόσφατα πρότυπα τεύχη της ΕΑΑΔΗΣΥ για αναθέσεις άνω των ορίων, ως ίσχυαν κατά τον χρόνο δημοσίευσης της υπόψη διακήρυξης. Σε κάθε περίπτωση, όπως η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει, ο εν λόγω ισχυρισμός της προσφεύγουσας είναι αβάσιμος, καθόσον για την έκδοση εγγυήσεων από ασφαλιστικές επιχειρήσεις στα πλαίσια και του παρόντος διαγωνισμού αρκεί η σχετική πρόβλεψη του νόμου, την οποία ουδόλως αποκλείει ή περιορίζει η διακήρυξη, σκοπός της οποίας είναι, όπως προκύπτει από την ερμηνευτική προσέγγιση των διατάξεων του άρθρου 5 αυτής, η εμμονή στις σχετικές περί εγγυήσεων διατάξεις του άρθρου 73 του Ν.4412/2016, και όχι η παρέκκλιση από τις διατάξεις αυτές, όπως άλλωστε προκύπτει και από το άρθρο 23 της διακήρυξης όπου προβλέπεται ότι *«Για ότι δεν προβλέπεται στην παρούσα διακήρυξη, ισχύουν οι διατάξεις, όπως έχουν τροποποιηθεί και συμπληρωθεί, των σχετικών με τις προμήθειες νόμων και προεδρικών διαταγμάτων που έχουν προαναφερθεί στην παρούσα διακήρυξη, τις οποίες θεωρείται ότι γνωρίζουν οι συμμετέχοντες στο διαγωνισμό και δεν μπορούν να επικαλεστούν άγνοια τους»*.

21. Επειδή, με τη διάταξη του άρθρου 72 παρ. 3 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει κατόπιν τροποποίησής της με το άρθρο 15 του Ν. 4541/2018,

Αριθμός απόφασης: 617/2018

ορίζεται ότι : «3. Οι εγγυήσεις των παραγράφων 1 και 2 εκδίδονται από πιστωτικά ή χρηματοδοτικά ή ασφαλιστικές επιχειρήσεις κατά την έννοια των περιπτώσεων β` και γ` της παρ. 1 του άρθρου 14 του ν. 4364/ 2016 (Α`13) ιδρύματα που λειτουργούν νόμιμα στα κράτη - μέλη της Ένωσης ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου ή στα κράτη-μέρη της ΣΔΣ και έχουν, σύμφωνα με τις ισχύουσες διατάξεις, το δικαίωμα αυτό. Μπορούν, επίσης, να εκδίδονται από το Ε.Τ.Α.Α. - Τ.Σ.Μ.Ε.Δ.Ε. ή να παρέχονται με γραμμάτιο του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων με παρακατάθεση σε αυτό του αντίστοιχου χρηματικού ποσού. Αν συσταθεί παρακαταθήκη με γραμμάτιο παρακατάθεσης χρεογράφων στο Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων, τα τοκομερίδια ή μερίσματα που λήγουν κατά τη διάρκεια της εγγύησης επιστρέφονται μετά τη λήξη τους στον υπέρ ου η εγγύηση οικονομικό φορέα».

22. Επειδή, η διάταξη του άρθρου 15 του Ν. 4541/2018 κατά το μέρος που προστέθηκε η δυνατότητα έκδοσης των εγγυητικών επιστολών και από ασφαλιστικές επιχειρήσεις κατά την έννοια των περιπτώσεων β` και γ` της παρ. 1 του άρθρου 14 του ν. 4364/ 2016 τέθηκε σε ισχύ από τη δημοσίευση του Ν. 4541/2018 στο ΦΕΚ, ήτοι από την 31.05.2018, και σε κάθε περίπτωση σε χρόνο πριν τη δημοσίευση της υπόψη διακήρυξης, η οποία, όπως και η αναθέτουσα αρχή σημειώνει με τις απόψεις της, εστάλη για δημοσίευση στην Εφημερίδα της ΕΕ την 11-6-2018 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 14-6-2018. Ως εκ τούτου, η εκ του νόμου παρασχεθείσα δυνατότητα έκδοσης εγγυητικών επιστολών και από ασφαλιστικές επιχειρήσεις ίσχυε κατά το χρόνο δημοσίευσης της υπόψη διακήρυξης, και τούτο ανεξαρτήτως του ότι, ως η αναθέτουσα αρχή σημειώνει με τις απόψεις της, ο οικείος όρος δεν είχε συμπεριληφθεί ούτε στα πρότυπα τεύχη της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. για την ανάθεση συμβάσεων προμηθειών άνω των ορίων, ως αυτά ίσχυαν κατά το χρόνο της δημοσίευσης της διακήρυξης, επίχειρμα το οποίο ουδόλως επιδρά στην κρίση περί νομιμότητας του εν λόγω όρου ενόψει του μη δεσμευτικού χαρακτήρα των πρότυπων τευχών της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ..

Αριθμός απόφασης: 617/2018

23. Επειδή, από το κανονιστικό πλαίσιο της υπόψη διακήρυξης και τα ειδικώς οριζόμενα στους όρους αυτής προκύπτει ότι η εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία διέπεται από τις διατάξεις του Ν. 4412/2016, στις οποίες παραπέμπουν ειδικώς οι όροι διακήρυξης (άρθρο 1 – τρόπος και χρόνος υποβολής προσφορών, άρθρο 3 – δικαίωμα συμμετοχής, άρθρο 5 – εγγυήσεις, άρθρο 6 – περιεχόμενο προσφορών, άρθρο 9 – λόγοι απόρριψης προσφορών, άρθρο 10 – συμπλήρωση αποσαφήνιση δικαιολογητικών, άρθρο 13 – κατακύρωση δικαιολογητικά κατακύρωσης, άρθρο 15 – ανάδειξη μειοδότη), ειδικότερα δε στο άρθρο 23 της διακήρυξης προβλέπεται ότι : *«Για ότι δεν προβλέπεται στην παρούσα διακήρυξη, ισχύουν οι διατάξεις, όπως έχουν τροποποιηθεί και συμπληρωθεί, των σχετικών με τις προμήθειες νόμων και προεδρικών διαταγμάτων που έχουν προαναφερθεί στην παρούσα διακήρυξη, τις οποίες θεωρείται ότι γνωρίζουν οι συμμετέχοντες στο διαγωνισμό και δεν μπορούν να επικαλεστούν άγνοια τους»*. Ήτοι, εκ των ως άνω συνάγεται ότι, από το κανονιστικό πλαίσιο της ίδιας της διακήρυξης ορίζεται ότι οι διατάξεις του Ν. 4412/2016 ισχύουν συμπληρωματικώς προς τα οριζόμενα στα άρθρα αυτής.

24. Επειδή, με το συγκεκριμένο λόγο προσφυγής της η προσφεύγουσα επικαλείται το μη σύννομο του ως άνω όρου της διακήρυξης κατά το μέρος που δεν προβλέπει δυνατότητα έκδοσης εγγυητικών επιστολών και από ασφαλιστικές επιχειρήσεις κατά την έννοια των περιπτώσεων β' και γ' της παρ. 1 του άρθρου 14 του Ν. 4364/2016, χωρίς όμως να κάνει καμία αναφορά στην εξ' αυτού του όρου βλάβη της, επικαλούμενη για παράδειγμα την αδυναμία έκδοσης εγγυητικής επιστολής από άλλα χρηματοδοτικά ιδρύματα ή τη συνεργασία της με ασφαλιστική επιχείρηση και την πρόθεσή της να προσκομίσει εγγυητικές επιστολές εκδόσεως της τελευταίας, με συνέπεια εκ του όρου τούτου να θίγεται το δικαίωμα συμμετοχής της στον υπόψη διαγωνισμό (ΕΑ ΣτΕ 1025/10, 1354/09, 1316/08, 977/06, ΔΕφΠειρ 34/13). Υπό τα δεδομένα αυτά, δεν προκύπτει το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας για την προσβολή του συγκεκριμένου όρου, σε κάθε δε περίπτωση, λαμβάνοντας υπόψη τα ρητώς οριζόμενα στη διακήρυξη περί ισχύος του ν. 4412/2016 συμπληρωματικά προς τους όρους της διακήρυξης, για όσα δεν προβλέπεται

Αριθμός απόφασης: 617/2018

ρητώς σε αυτήν, συνάγεται ότι ούτως ή άλλως εν προκειμένω παρέχεται εκ του νόμου η δυνατότητα έκδοσης εγγυητικών επιστολών και από ασφαλιστικές επιχειρήσεις κατά την έννοια των περιπτώσεων β' και γ' της παρ. 1 του άρθρου 14 του Ν. 4364/2016, απορριπτόμενου ως εκ τούτου ως απαραδέκτου, άλλως αβάσιμου και του τέταρτου λόγου προσφυγής.

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

26. Επειδή, σε συνέχεια της σκέψης 2 της παρούσας, κατά το μέρος που το ύψος του ποσού του παραβόλου υπολογίστηκε με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη ύψους 352.822,58 € χωρίς Φ.Π.Α., ήτοι συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης, και καταβλήθηκε παράβολο ποσού 1.764,12 €, αντί του ορθού ποσού των 1.411,29€, το οποίο θα έπρεπε να υπολογιστεί σύμφωνα με την προϋπολογιζόμενη δαπάνη ύψους 282.258,00 € χωρίς Φ.Π.Α. και χωρίς να συμπεριλαμβάνεται το δικαίωμα προαίρεσης ($282.258,00 \times 0,5\% = 1.411,29 \text{ €}$), θα πρέπει, ενόψει της απορρίψεως της υπόψη προσφυγής, να επιστραφεί προς την προσφεύγουσα το ποσό των 352,83 ευρώ ($1.764,12 - 1.411,29 = 352,83 \text{ €}$), το οποίο υπερβαίνει το νόμιμο προς καταβολή ποσό παραβόλου.

27. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 221661184958 0828 0079) θα πρέπει να καταπέσει για το ποσό των 1.411,29 €, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017, ενώ θα πρέπει να επιστραφεί το καταβληθέν πέραν του νόμιμου ποσό παραβόλου ύψους 352,83 €.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου για το ποσό των 1.411,29 € και την επιστροφή του για το ποσό των 352,83 €.

Αριθμός απόφασης: 617/2018

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 7 Αυγούστου 2018 και εκδόθηκε στις 8 Αυγούστου 2018.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Γεωργία Παν. Ντεμερούκα