

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 18.09.2018 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης Πρόεδρος και Εισηγητής, Μαρία Μανδράκη και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη (αρ. 1/2018 Απόφαση Ολομέλειας Α.Ε.Π.Π. - Θέμα 4^ο).

Για να εξετάσει την από 10.08.2018 (ημερομηνία καταχώρησης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 779/10.08.2018 και χρέωσης στο 5^ο Κλιμάκιο στις 10.08.2018, της εταιρείας με την επωνυμία [...], που εδρεύει στο [...], οδός [...], όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά όρων της υπ' αριθ. 38/18.07.2018 διακήρυξης (εφεξής «η προσβαλλόμενη») της [...]), αναφορικά με τη διενέργεια ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την ανάθεση της προμήθειας «Αιματολογικών Αναλυτών για τις ανάγκες των Κέντρων Υγείας της [...]».

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της ανωτέρω προσβαλλόμενης πράξης, στρεφόμενη κατά της τεχνικής προδιαγραφής υπ' αριθ. 23 (σελ. 29 της Διακήρυξης).

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αριθ. υπ' αριθ. 38/18.07.2018 διακήρυξη της 5^{ης} ΥΠΕ προκηρύχθηκε η διενέργεια ανοικτού, ηλεκτρονικού, άνω των ορίων, διαγωνισμού για την ανάθεση της προμήθειας «Αιματολογικών Αναλυτών για τις ανάγκες των Κέντρων Υγείας της [...], συνολικού προϋπολογισμού 225.806,45€, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., με κριτήριο ανάθεσης της

Αριθμός απόφασης: 821/2018

σύμβασης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, η οποία καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 23.07.2018 καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 23.07.2018, όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α 62202.

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί παράβολο ποσού 1695,00€ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 227324744958 0928 0076). Εντούτοις, το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογιζόμενης δαπάνης της σύμβασης, χωρίς Φ.Π.Α. και εν προκειμένω ανέρχεται σε 1.129,10€ (225.806,45 X 0,5). Συνεπώς, το επιπλέον καταβληθέν ποσό των 565,90€ (1.695,00€ - 1.129,10) θα πρέπει να επιστραφεί, αφού 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 καθορισθεί, εφόσον είναι αβέβαιο αν και μέχρι ποιου ύψους θα ασκηθεί το δικαίωμα αυτό (Δ.Εφ.Κομ. Ν43/2017, ΣτΕ ΕΑ 187/2017, 10/2017, ΑΕΠΠ 109/2018). Κατ' ακολουθίαν, κατά το μέρος που το ύψος του ποσού του παραβόλου υπολογίστηκε με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη ύψους χωρίς Φ.Π.Α. και συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης και καταβλήθηκε παράβολο ποσού 1.695,00€, αντί του ορθού ποσού των 1.129,10€, θα πρέπει να επιστραφεί κατά το μέρος που υπερβαίνει το νόμιμο προς καταβολή ποσό σε περίπτωση απόρριψης της Προσφυγής, αφού σε περίπτωση αποδοχής αυτής επιστρέφεται το σύνολο του παραβόλου.

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

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια), της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 225.806,45€ χωρίς

Αριθμός απόφασης: 821/2018

Φ.Π.Α., σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του χρόνου αποστολής της Προκήρυξης για δημοσίευση στην Ε.Ε.Ε.Ε. (23.07.2018), σύμφωνα με τα άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 - όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν - του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, σύμφωνα με την παρ. 1 (γ) του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 (γ) του Π.Δ. 39/2017, έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη αναρτήθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ στις 23.07.2018 και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 10.08.2018, ήτοι εντός της δεκαήμερης προβλεπόμενης προθεσμίας από την πλήρη γνώση αυτής, που ως η προσφεύγουσα δηλώνει έλαβε χώρα στις 07.08.2018, συμπίπτοντας με την εκ του νόμου τεκμαιρόμενη γνώση των 15 ημερών από την ημερομηνία δημοσίευσης της διακήρυξης.

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αριθ. 47367/21.08.2018 έγγραφό της εκφράζει τις απόψεις της επί της εν λόγω Προσφυγής, αιτούμενη όπως απορριφθεί αυτή ως απαράδεκτη και αβάσιμη.

7. 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*

Αριθμός απόφασης: 821/2018

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.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με προφανές έννομο συμφέρον στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης, υποστηρίζοντας ότι η ίδια δραστηριοποιείται στο χώρο του αντικειμένου του υπό εξέταση διαγωνισμού και προτίθεται να συμμετάσχει σε αυτόν και κατά τούτο έχει άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον, όπως ακυρωθεί η προσβαλλόμενη και η προαναφερόμενη τεχνική προδιαγραφή, αφού υφίσταται ζημία και πλήττεται η συμμετοχής της στον διαγωνισμό αυτόν για τους αναφερόμενους στην Προσφυγής της λόγους.

9. Επειδή, προσφεύγουσα στρέφεται κατά όρων της υπ' αριθ. 38/18.07.2018 διακήρυξης της [...], επιδιώκοντας την ακύρωση αυτής κατά το μέρος της τεχνικής προδιαγραφής υπ' αριθ. 23 (σελ. 29 της Διακήρυξης), με την οποία ζητείται από την αναθέτουσα να δοθεί εγγύηση σταθερής τιμής από την κατασκευάστρια εταιρεία για τουλάχιστον 10 χρόνια, προδιαγραφή που κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας παραβιάζει το δίκαιο περί δημοσίων συμβάσεων, δοθέντος ότι η διάρκεια της υπό ανάθεση σύμβασης ορίζεται για ένα χρόνο και με μονομερές δικαίωμα της αναθέτουσας αρχής για ανανέωση αυτής για έξι ακόμα μήνες.

10. Επειδή, με την υπ' αριθ. Α368/2018 Απόφαση της Α.Ε.Π.Π., ανεστάλη η περαιτέρω πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας της υπ' αριθ. 38/18.07.2018 διακήρυξης της 5^{ης} Υγειονομικής Περιφέρειας Θεσσαλίας & Στερεάς Ελλάδας, αναφορικά με τη διενέργεια ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την ανάθεση της προμήθειας «Αιματολογικών Αναλυτών για τις ανάγκες των Κέντρων Υγείας της [...], μέχρι την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Αριθμός απόφασης: 821/2018

11. Επειδή, με το λόγο της Προσφυγής της η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της τεχνικής προδιαγραφής υπ' αριθ. 23 (σελ. 29 της Διακήρυξης) του Παραρτήματος Ι αυτής, «Απαιτήσεις και Τεχνικές Προδιαγραφές, Τεχνικές Προδιαγραφές Αιματολογικών Αναλυτών» της προσβαλλόμενης, ισχυριζόμενη ότι παραβιάζει την υφιστάμενη νομοθεσία, καθότι απαιτείται από τους υποψήφιους προμηθευτές να προσκομίσουν εγγύηση του κατασκευαστή με δέσμευση για σταθερές τιμές, όσον αφορά στην προμήθεια των αντιδραστηρίων, για διάρκεια μεγαλύτερη της οριζόμενης από την διακήρυξη σύμβασης και δη για μια ολόκληρη δεκαετία. Επιπροσθέτως, η τεχνική αυτή προδιαγραφή είναι παράνομη αφού δεν αφορά τον προμηθευτή και μόνο, αλλά τον κατασκευαστικό οίκο, ο οποίος στη προκείμενη σύμβαση αποτελεί τρίτο μη συμβαλλόμενο μέρος, επεκτείνει αδικαιολόγητα την επένεργεια του συμβατικού χρόνου σε 10 έτη, ήτοι διάρκεια μεγαλύτερη της οριζόμενης από την διακήρυξη σύμβασης, που έχει ορισθεί να είναι ένα έτος με δυνατότητα παράτασης έξι μηνών, δημιουργώντας ανεπίτρεπτη εσωτερική αντίφαση των οριζόμενων στο κείμενο της Διακήρυξης και τέλος καταστρατηγεί και την αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού κατά το άρθρο 101 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΣΛΕΕ), αφού δημιουργεί μια «τριγωνική» συμφωνία μεταξύ των: της [...], του υποψηφίου αναδόχου-προμηθευτή και του τελευταίου με τον κατασκευαστικό οίκο, περιορίζοντας τον ανταγωνισμό μέσω της παρέμβασης στην ελεύθερη διαμόρφωση των τιμών στην αγορά.

12. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 18 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης».

Αριθμός απόφασης: 821/2018

13. Επειδή, περαιτέρω, το άρθρο 53 παρ. 2 περ. ια΄ του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «... Τα έγγραφα της σύμβασης, πλην της προκήρυξης σύμβασης του άρθρου 63 και της προκαταρκτικής προκήρυξης του άρθρου 62 σε περίπτωση που χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης του διαγωνισμού, περιέχουν ιδίως: ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης...».

14. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 54 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 : « ... Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό ...».

15. Επειδή, στο άρθρο 1.3 «Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης» της Διακήρυξης ορίζεται ότι «Αντικείμενο της σύμβασης είναι η Προμήθεια: "ΑΙΜΑΤΟΛΟΓΙΚΟΙ ΑΝΑΛΥΤΕΣ ... Αναλυτικές τεχνικές προδιαγραφές του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης δίδεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι της παρούσας διακήρυξης», ενώ στο άρθρο 2.1.1 «Έγγραφα της σύμβασης» ορίζεται ότι «(Τ)α έγγραφα της παρούσας διαδικασίας σύναψης είναι τα ακόλουθα: □ η παρούσα Διακήρυξη με τα Παραρτήματα (Παράρτημα Ι «ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ ΚΑΙ ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΑΝΑ ΕΙΔΟΣ ...». Επιπροσθέτως, στο Παράρτημα Ι της Διακήρυξης, «Απαιτήσεις και Τεχνικές Προδιαγραφές, Τεχνικές Προδιαγραφές Αιματολογικών Αναλυτών» και στην τεχνική προδιαγραφή υπ' αριθ. 23 (σελ. 29 της Διακήρυξης) ορίζεται ότι «Σχετικά με τα αντιδραστήρια να δοθεί εγγύηση σταθερής τιμής από την κατασκευάστρια εταιρεία για τουλάχιστον 10 χρόνια (λαμβάνοντας υπόψη τον νόμιμο πληθωρισμό του νομίσματος)».

16. Επειδή, οι κανονιστικές ρυθμίσεις, όπως οι θεσπιζόμενοι με την διακήρυξη διαγωνισμού όροι, δεν χρήζουν, ως εκ της φύσεώς τους, αιτιολογίας

Αριθμός απόφασης: 821/2018

(βλ. Επ. Αν. ΣΤΕ 918/2003, 876/2004), η Διοίκηση είναι, κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακηρύξεως ως προς τα προς προμήθεια είδη, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη, ενώ θα πρέπει να θεωρείται ότι απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό η σκοπιμότητα της θεσπίσεως επί μέρους όρων και τεχνικών προδιαγραφών (βλ. Επ. Αν. ΣΤΕ 434/2008). Και τούτο διότι όταν ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επικαλείται λόγους με τους οποίους επιχειρεί, υπό την μορφή γενικής αμφισβήτησης της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης, να προσδιορίσει, κατά τις δικές τους δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, βάση δικών του εκτιμήσεων, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, αυτοί οι λόγοι είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. Επ. Αν. ΣΤΕ 307/2007).

17. Επειδή, ετέρωθεν και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές ελέγχονται από την άποψη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣΤΕ 189/2015, ΕΑ ΣΤΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.), σε κάθε δε περίπτωση θα πρέπει να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και να μην εισάγουν αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, υπό την έννοια ότι οφείλουν να αποφεύγουν διατάξεις που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, μέσω της ενσωμάτωσης σε αυτή χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου, ούτε να συνεπάγονται αδικαιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη του ανταγωνισμού (βλ. ΕΣ 2402/2010).

18. Επειδή, συνεπώς η αναθέτουσα αρχή έχει την ευχέρεια να καθορίσει τις προϋποθέσεις συμμετοχής, σύμφωνα με το ενωσιακό και εθνικό δίκαιο, του διαγωνισμού με δύο βασικούς περιορισμούς: (α) να μην περιορίζεται

Αριθμός απόφασης: 821/2018

ο ελεύθερος και ανόθευτος ανταγωνισμός και η ευρεία συμμετοχή σε διαγωνιστικές διαδικασίες μέσω της επιβολής προδιαγραφών που συρρικνώνουν την ελεύθερη αγορά και (β) να τίθενται κατά τέτοιο τρόπο στο κείμενο της διακήρυξης, ώστε να είναι αρκετά ακριβείς και να μην καταλείπεται οιαδήποτε αμφιβολία στους προσφέροντες ως προς την κατανόηση και τον προσδιορισμό του αντικειμένου και των απαιτήσεων της διακήρυξης. Επιπρόσθετα, κάθε αναθέτουσα αρχή στις περιπτώσεις αυτές πρέπει να λαμβάνει υπόψη το κριτήριο της αναλογικότητας υπό την έννοια ότι τυχόν περιοριστικά μέτρα που τίθενται με τους όρους της διακήρυξης μπορούν να θεωρηθούν ότι συμβιβάζονται με τον ενωσιακό δίκαιο μόνον εάν μπορεί να αποδειχθεί ότι: (α) έχουν οριστεί για την εξυπηρέτηση θεμιτού σκοπού δημόσιας τάξης που έχει τεθεί προς το γενικό συμφέρον, (β) εφαρμόζονται κατά τρόπο που δεν δημιουργεί διακρίσεις, (γ) είναι κατάλληλα για την επίτευξη αυτού του επιδιωκόμενου σκοπού και (δ) δεν είναι δεσμευτικά πέραν του βαθμού που είναι αναγκαίος για την επίτευξη του σκοπού (βλ. ΔΕΚ απόφαση της 3^η Φεβρουαρίου 1993 Vereniging Veronica Omroep Organisatie κατά Commissariaat voor de Media, C-148/91, σκ. 9, Dieter Kraus κατά Land Baden-Wurtemberg, C-19/92, σκ. 32). Με άλλα λόγια η αναθέτουσα αρχή είναι εκείνη που καθορίζει το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των υποψηφίων οικονομικών φορέων, το οποίο, όμως και πρέπει να συνδέεται και να τελεί σε αναλογία προς το αντικείμενο της σύμβασης και να δικαιολογείται από τη φύση και το σκοπό του συγκεκριμένου έργου, ήτοι δύναται η αναθέτουσα αρχή να ζητά ένα ή περισσότερα δικαιολογητικά ανάλογα με τις απαιτήσεις της κατά περίπτωση σύμβασης, τις δυνατότητες της συγκεκριμένης αγοράς στην οποία απευθύνεται και την ανάγκη εξασφάλισης συνθηκών πραγματικού ανταγωνισμού.

19. Επειδή, εν προκειμένω, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι η τιθέμενη από τη Διακήρυξη ανωτέρω προσβαλλόμενη τεχνική προδιαγραφή περί απαίτησης από τους προμηθευτές να προσκομίσουν εγγύηση του κατασκευαστή με δέσμευση για σταθερές τιμές, όσον αφορά στην προμήθεια

Αριθμός απόφασης: 821/2018

των αντιδραστηρίων, για διάρκεια δέκα (10) ετών, ήτοι μεγαλύτερη της οριζόμενης από την διακήρυξη σύμβασης, η οποία ορίζεται στο ένα (1) έτος και με πιθανή άσκηση του δικαιώματος παράτασης στους δέκα οκτώ (18) μήνες, δεν συνιστά νόμιμη τεχνική προδιαγραφή, αφού δεν αφορά τα χαρακτηριστικά του προϊόντος ή τη διαδικασία παραγωγής του, την κατασκευή, την εγκατάσταση, τη συντήρηση, τον κύκλο ζωής του ή τη χρήση του και δεσμεύει τον προμηθευτή μετά τη και τη λήξη της σύμβασης, αφορά δε η τεχνική αυτή τον κατασκευαστή, ο οποίος και αποτελεί τρίτο μη συμβαλλόμενο μέρος και όχι τον προμηθευτή.

20. Επειδή, η συγκεκριμένη τεχνική προδιαγραφή δεν συμμορφώνεται προς την αρχή της αναλογικότητας, σύμφωνα με τα ανωτέρω διαλαμβανόμενα (βλ. σκέψεις 17-18 της παρούσας), αφού εισάγει αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού του εν θέματι διαγωνισμού. Και τούτο διότι η προδιαγραφή αυτή είναι προδήλως δυσανάλογη στο βαθμό που ενώ η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται στο ένα (1) έτος και με πιθανή άσκηση του δικαιώματος προαίρεσης στους δέκα οκτώ (18) μήνες, ορίζεται η υποχρέωση από τους προμηθευτές να προσκομίσουν εγγύηση του κατασκευαστή με δέσμευση για σταθερές τιμές, όσον αφορά στην προμήθεια των αντιδραστηρίων, για διάρκεια δέκα (10) ετών, ήτοι η προδιαγραφή αυτή καταφανώς δεν συνέχεται με τη χρονική διάρκεια του αντικειμένου της σύμβασης, ούσα καταχρηστική και δεσμεύοντας υπέρμετρα και δυσανάλογα τους υποψήφιους οικονομικούς φορείς. Δεικνύεται, περαιτέρω, ότι από τις προσκομιζόμενες απόψεις της αναθέτουσας αρχής, ουδόλως αιτιολογείται η σκοπιμότητα της υπόψη τεχνικής προδιαγραφής.

21. Επειδή, επέκεινα η αναθέτουσα αρχή προτίθεται να συνάψει σύμβαση για ένα (1) έτος, με δυνατότητα παράτασης έξι μηνών με τον υποψήφιο προμηθευτή και όχι με τον κατασκευαστικό οίκο, η προσβαλλόμενη με την υπό κρίση Προσφυγή τεχνική προδιαγραφή αποτελεί *sine qua non* δέσμευση του κατασκευαστή, καθώς στην πράξη δεν δύναται να εφαρμοσθεί, ο

Αριθμός απόφασης: 821/2018

δε υποψήφιος ανάδοχος παραδεκτά θα δύναται να επικαλεστεί λόγος αναφορικά με την μη τήρηση της δέσμευσης αυτής, που δεν οφείλονται στο πρόσωπό του, από ένα μέρος που δεν αποτέλεσε συμβαλλόμενο μέρος της σύμβασης αυτής.

22. Επειδή, όπως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία, οι αρχές της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας επιβάλουν στις αναθέτουσες αρχές να διατυπώνουν τους όρους διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στα τεύχη του διαγωνισμού, κατά τρόπο ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και αφετέρου να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν τη σύμβαση (απόφαση του Δικαστηρίου της 29ης Απριλίου 2004, C-496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi tούτων di Frutta, Συλλογή 2004, σ. I-3801, σκέψεις 109 έως 111, T-345/03 - Ενγοραϊκή Dynamiki κατά Επιτροπής, παρ.144). Στην υπό εξέταση περίπτωση της τεχνικής προδιαγραφής, υπ' αριθ. 23 του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης, δεν πληρούνται τα προαναφερόμενα, αφού θα πρέπει να γίνει δεκτός ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί αντίφασης, δοθέντος ότι ορίζεται αδικαιολόγητα επενέργεια του συμβατικού χρόνου σε δέκα (10) έτη, διάρκεια μεγαλύτερη της οριζόμενης από την διακήρυξη του ενός έτους με δυνατότητα παράτασης έξι μηνών, γεγονός που δύναται να επιφέρει σύγχυση στην πλήρη κατανόηση των όρων της Διακήρυξης από τους υποψηφίους οικονομικούς φορείς και ακολούθως εκ του λόγου τούτου να έρθει σε ρήξη με τις επιταγές του ενωσιακού δικαίου για διαφανή, ισότιμο και αντικειμενικό τρόπο συμμετοχής στον διαγωνισμό.

23. Επειδή, ούτως εχόντων, ο λόγος της Προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος, νόμω και ουσία.

Αριθμός απόφασης: 821/2018

24. Επειδή, κατ' ακολουθίαν η υπό κρίση Προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή ως νόμω και ουσία βάσιμη.

25. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα ποσού 1.695,00€ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 227324744958 0928 0076), πρέπει να επιστραφεί, κατά μεν το ποσό των 1.129,10 € σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017, κατά δε το ποσό των 565,90€, ήτοι του επί πλέον του νομίμως απαιτούμενου καταβληθέντος, σύμφωνα με τα όσα αναλυτικώς εκτέθηκαν ανωτέρω στη σκέψη 2 της παρούσας.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθ. 38/18.07.2018 Διακήρυξη της [...], αναφορικά με τη διενέργεια ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την ανάθεση της προμήθειας «Αιματολογικών Αναλυτών για τις ανάγκες των Κέντρων Υγείας της[...]», όσον αφορά την τεχνική προδιαγραφή υπ' αριθ. 23 (σελ. 29 της Διακήρυξης) του Παραρτήματος Ι αυτής, *«Απαιτήσεις και Τεχνικές Προδιαγραφές, Τεχνικές Προδιαγραφές Αιματολογικών Αναλυτών»*.

Ορίζει την επιστροφή του προσκομισθέντος παραβόλου (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 227324744958 0928 0076), ποσού 1.695,00€.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 18 Σεπτεμβρίου 2018 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 8 Οκτωβρίου 2018.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Γεωργία Παν. Ντεμερούκα