

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 27 Οκτωβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Μαρία Μανδράκη Μέλη.

Για να εξετάσει : 1) την από 25.09.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1457/26.09.2023 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «πρώτος προσφεύγων»), που εδρεύει στο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα και 2) την από 29.09.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1480/29.09.2023 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «δεύτερος προσφεύγων»), που εδρεύει στον «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του «...» (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. «...» Διακήρυξης (εφεξής η «προσβαλλόμενη»).

Με την προδικαστική προσφυγή ο πρώτος προσφεύγων αιτείται την ακύρωση των υπ' αριθμ. 7 και 25 τεχνικών προδιαγραφών του Παραρτήματος Β της διακήρυξης και των υπ' αριθμ. 5, 10 και 13 τεχνικών προδιαγραφών του Παραρτήματος ΣΤ της προσβαλλόμενης διακήρυξης.

Με την προδικαστική προσφυγή του ο δεύτερος προσφεύγων αιτείται την ακύρωση των υπ' αριθμ. 13, 18, 21 και 25 τεχνικών προδιαγραφών του Παραρτήματος Β της διακήρυξης, των υπ' αριθμ. 4, 11, 12, 13 και 17 τεχνικών προδιαγραφών και της «...» του Παραρτήματος ΣΤ της προσβαλλόμενης διακήρυξης.

Επισημαίνεται ότι η αναθέτουσα αρχή με την από 17.10.2023 ανακοίνωση προέβη σε επαναδιατύπωση της υπ' αριθμ. 25 τεχνικής προδιαγραφής του Παραρτήματος Β και των υπ' αριθμ. 11 και 17 τεχνικών προδιαγραφών του Παραρτήματος ΣΤ της υπ' αριθμ. «...» διακήρυξης και, άρα, αφενός μεν η πρώτη προσφυγή δεν εξετάζεται και στερείται αντικειμένου

Αριθμός απόφασης: 1613,1614/2023

κατά το σκέλος της που αφορά την ακύρωση της υπ' αριθμ. 25 τεχνικής προδιαγραφής της υπ' αριθμ. «...» διακήρυξης, αφετέρου η δεύτερη προσφυγή δεν εξετάζεται και στερείται αντικειμένου κατά το σκέλος της που αφορά την ακύρωση της υπ' αριθμ. 25 τεχνικής προδιαγραφής του Παραρτήματος Β και των υπ' αριθμ. 11 και 17 τεχνικών προδιαγραφών του Παραρτήματος ΣΤ της υπ' αριθμ. «...» διακήρυξης.

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 νόμιμο παράβολο, κατά τα άρθρα 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 2.265 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...», την από 25.09.2023 πληρωμή στην ALPHA BANK 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 προϋπολογιζόμενη δαπάνη των Τμημάτων Β («...») και ΣΤ («...») της σύμβασης σχετικά με τα οποία ασκείται η πρώτη προδικαστική προσφυγή, ήτοι 452.830,18€ (179.245,28€ + 273.584,9€) μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α και δικαιώματος προαίρεσης.

2. Επειδή, για την άσκηση της δεύτερης προδικαστικής προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 3.860 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...» την από 26.09.2023 πληρωμή στην EUROBANK και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»), το οποίο υπερβαίνει κατά 1.595 ευρώ το απαιτούμενο από τις διατάξεις των άρθρων 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, καθώς αυτό υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης. Επομένως, επί του ποσού των 452.830,18€ (μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και δικαιώματος προαίρεσης) που αποτελεί την εκτιμώμενη αξία των Τμημάτων Β («...») και ΣΤ («...») της σύμβασης σχετικά με τα οποία ασκείται η δεύτερη προδικαστική

Αριθμός απόφασης: 1613,1614/2023

προσφυγή, το νόμιμο παράβολο ανέρχεται σε 2.265 ευρώ. Συνεπώς, το ανωτέρω παράβολο, κατά το υπερβάλλον μέρος του (1.595 ευρώ) πρέπει να επιστραφεί στο δεύτερο προσφεύγοντα, ανεξάρτητα από την έκβαση της προσφυγής του.

3. Επειδή, με την υπ' αριθμ. «...» Διακήρυξη, προκηρύχθηκε από την αναθέτουσα αρχή δημόσιος ανοικτός διεθνής Διαγωνισμός για την προμήθεια του είδους «...» με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 4.420.500,00€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. και δικαιώματος προαίρεσης, ο οποίος αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 1.09.2023, με Α.Δ.Α.Μ. «...» καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό «...». Ο διαγωνισμός υποδιαιρείται σε οκτώ Τμήματα, οι δε προσφορές μπορούν να υποβληθούν για ένα ή περισσότερα Τμήματα. Ως εκ τούτου, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή, ενόψει του αντικείμενου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

4. Επειδή, η υπό εξέταση πρώτη προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθώς κατατέθηκε στις 25.09.2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 1.09.2023, ο δε πρώτος προσφεύγων ισχυρίζεται ότι έλαβε γνώση αυτής την 15.09.2023 και εν γένει παραδεκτά.

5. Επειδή, ωστόσο, η δεύτερη προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εκπροθέσμως, καθώς κατατέθηκε στις 29.09.2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, δοθέντος ότι, ως έχει ήδη εκτεθεί, η προσβαλλόμενη διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 1.09.2023 και όχι στις 4.09.2023, ως εσφαλμένως αναφέρει ο τρίτος προσφεύγων. Ενόψει δε του ότι, σύμφωνα με το το άρθρο 361 παρ. 1γ) του ν. 4412/2016, η πλήρης γνώση, που αποτελεί αφετηρία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής, τεκμαίρεται από μόνη την πάροδο 15 ημερών από τη δημοσίευση της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ (βλ. ΣτΕ ΕΑ 109/2019 και ΕΑ 56/2020), εν προκειμένω, η

Αριθμός απόφασης: 1613,1614/2023

καταληκτική ημερομηνία της προθεσμίας άσκησης προσφυγής κατά της διακήρυξης, βάσει τεκμαιρόμενης πλήρους γνώσης, έληγε την 26.09.2023, ενώ ουδεμία επίδραση ως προς την εκκίνηση της προθεσμίας άσκησης της δεύτερης προδικαστικής προσφυγής ασκεί το γεγονός ότι ο δεύτερος προσφεύγων ισχυρίζεται ότι έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης διακήρυξης την 19.09.2023. Συνεπώς, η δεύτερη προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί απαραδέκτως και τυγχάνει απορριπτέα για το λόγο αυτό.

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή την 17.10.2023, ήτοι εκπροθέσμως σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ.1β) του ν. 4412/2016, ανήρτησε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού τις απόψεις της επί της πρώτης προσφυγής, οι οποίες δεν λαμβάνονται υπόψιν από το Κλιμάκιο.

7. Επειδή, όσον αφορά την προσφυγή κατά όρων διακήρυξης ο προσφεύγων πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τους προσβαλλόμενους όρους, οι οποίοι παραβιάζουν, κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν στις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣΤΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756). Ενόψει των ανωτέρω, εν προκειμένω, ο πρώτος προσφεύγων έχει, καταρχάς, έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής, δεδομένου ότι, ως ισχυρίζεται, δραστηριοποιείται στην προμήθεια «...», προτίθεται δε να συμμετάσχει στον επίδικο διαγωνισμό για τα Τμήματα Β και ΣΤ, όμως λόγω των προσβαλλόμενων όρων αδυνατεί να υποβάλλει παραδεκτή προσφορά.

8. Επειδή, το άρθρο 18 του Ν.4412/2016 " Δημόσιες Συμβάσεις Έργων Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 214/25/ΕΕ) (ΦΕΚ Α' 200/24.10.16) ορίζει 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

Αριθμός απόφασης: 1613,1614/2023

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....».

9. Επειδή, το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών [...] 2. Τα έγγραφα της σύμβασης...περιέχουν ιδίως : [...]α) 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, ,...ιζ) τους απαραίτους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς,[...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.),...».

10. Επειδή, το άρθρο 54 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται στην περ.1 του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α΄ παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών..... 2. Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό. 3. Οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται με έναν από τους κατωτέρω τρόπους: α) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, συμπεριλαμβανομένων των περιβαλλοντικών χαρακτηριστικών, υπό την προϋπόθεση ότι οι παράμετροι είναι επαρκώς προσδιορισμένες ώστε να επιτρέπουν στους προσφέροντες να προσδιορίζουν το αντικείμενο της σύμβασης και στις αναθέτουσες αρχές να αναθέτουν τη σύμβαση, β) με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και, με σειρά

Αριθμός απόφασης: 1613,1614/2023

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. 4. Οι τεχνικές προδιαγραφές, εκτός εάν δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, δεν περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που να χαρακτηρίζει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που παρέχονται από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα ούτε εμπορικού σήματος, διπλώματος ευρεσιτεχνίας, τύπων ή συγκεκριμένης καταγωγής ή παραγωγής που θα είχε ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή ορισμένα προϊόντα. Η εν λόγω μνεία επιτρέπεται, κατ' εξαίρεση, όταν δεν είναι δυνατόν να γίνει επαρκώς προσδιορισμένη και κατανοητή περιγραφή του αντικειμένου της σύμβασης κατ' εφαρμογή της παρ. 3. Η εν λόγω μνεία συνοδεύεται από τον όρο «ή ισοδύναμο».

11. Επειδή, ως έχει κριθεί, από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 1 παρ.1, 2, 3, 4 παρ.1, 5 παρ.1-3, 8, 10, 11, 14β, 17 παρ.1, 18, και του Παραρτήματος Ι της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 14ης Ιουνίου 1993 «περί των «...» προϊόντων, συνάγεται, ότι οι βασικές απαιτήσεις, στις οποίες πρέπει να ανταποκρίνονται τα «...» προϊόντα, που εμπíπτουν στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ, ρυθμίζονται από την ίδια αυτή Οδηγία. Τα εν λόγω προϊόντα, εφόσον ανταποκρίνονται στα

Αριθμός απόφασης: 1613,1614/2023

εναρμονισμένα πρότυπα και έχουν πιστοποιηθεί βάσει των διαδικασιών, που προβλέπει η Οδηγία αυτή, τεκμαίρεται ότι συμφωνούν με τις εν λόγω βασικές απαιτήσεις και, ως εκ τούτου, πρέπει να θεωρούνται κατάλληλα για την χρήση, για την οποία προορίζονται, και να κυκλοφορούν ελεύθερα σε ολόκληρη την Ευρωπαϊκή Ένωση, η σχετική δε υποχρέωση των κρατών μελών, η οποία απορρέει από το δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, βαρύνει και την εκάστοτε αναθέτουσα αρχή, η οποία υπόκειται στον έλεγχο δημόσιας αρχής (πρβλ. απόφ. ΔΕΕ της 14.6.2007, C-6/05 «...», σκέψεις 42-49). Το ανωτέρω τεκμήριο έχει μαχητό χαρακτήρα, δυνάμενο να ανατραπεί με βάση τις προβλεπόμενες στις διατάξεις αυτές κοινοτικές διαδικασίες. Ειδικότερα, δεν αποκλείεται είτε τα εναρμονισμένα πρότυπα να μην ανταποκρίνονται στις βασικές απαιτήσεις που αναφέρονται στο άρθρο 3 της Οδηγίας 93/42 (άρθ. 5 παρ. 3) είτε ορισμένα «...» προϊόντα, τα οποία φέρουν την σήμανση CE, να είναι, παρά ταύτα, επικίνδυνα για την «...» ή την ασφάλεια των «...» ή άλλων προσώπων. Στην τελευταία αυτή περίπτωση, όμως, η ίδια η ανωτέρω Οδηγία καθορίζει την τηρητέα από τα κράτη μέλη διαδικασία διασφάλισης (άρθρο 8 παρ. 3). Επομένως, στην περίπτωση κατά την οποία τα προσφερόμενα προϊόντα εμπνέουν μεν ανησυχίες σχετικές με την ασφάλεια και την «...» των «...», φέρουν, όμως, την σήμανση CE, η αναθέτουσα αρχή δικαιούται και οφείλει, στα πλαίσια της αρμοδιότητάς της, να ενημερώσει σχετικώς τον αρμόδιο εθνικό οργανισμό προκειμένου να κινηθεί η εν λόγω διαδικασία διασφάλισης, δεν δικαιούται, όμως, να προβεί στην απόρριψη της σχετικής προσφοράς. Οι προαναφερόμενοι κανόνες ισχύουν όχι μόνο στις περιπτώσεις κατά τις οποίες οι κίνδυνοι (που τα προσφερόμενα «...» προϊόντα, παρά την σήμανσή τους με την ένδειξη CE, εμφανίζουν για την ασφάλεια και την «...» και άλλων προσώπων), γίνονται αντιληπτοί κατά το στάδιο της τεχνικής αξιολόγησης των προσφορών, αλλά, για την ταυτότητα του λόγου, και στις περιπτώσεις κατά τις οποίες οι ίδιοι κίνδυνοι είναι ήδη γνωστοί στην αναθέτουσα αρχή κατά την έκδοση της διακήρυξης και υπαγορεύουν την πρόβλεψη επιπρόσθετων έναντι των πρότυπων τεχνικών προδιαγραφών, τις οποίες δεν πληρούν, κατ' ανάγκη, «...» προϊόντα πιστοποιημένα με την ένδειξη CE και σύμφωνα με τα ισχύοντα εναρμονισμένα πρότυπα. Συνεπώς,

Αριθμός απόφασης: 1613,1614/2023

η πρόβλεψη παρόμοιων επιπρόσθετων προδιαγραφών για τα προσφερόμενα «...» προϊόντα κατά το στάδιο της διακήρυξης δεν είναι, καταρχήν, συμβατή προς τις προαναφερόμενες διατάξεις της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ, δεδομένου ότι, στην περίπτωση αυτή, τα εν λόγω προϊόντα δεν θα πληρούν τους όρους της διακήρυξης και θα είναι, ως εκ τούτου, εκ προοιμίου αδύνατη η επιλογή τους (ΣΤΕ 1863/2014, πρβλ. απόφ. ΔΕΕ της 22.5.03, C-103/01, Επιτροπή κατά Ο.Δ. Γερμανίας). Επομένως, και στην περίπτωση που το «...», προς αποφυγή κινδύνων ασφάλειας και «...», επιθυμεί να θέσει με την διακήρυξη επιπρόσθετες τεχνικές προδιαγραφές, οφείλει να ενημερώσει σχετικώς τον αρμόδιο εθνικό οργανισμό («...», βλ. άρθρο 19 παρ. 3 του ν. 2889/2001, ΦΕΚ Α' 37), προκειμένου να κινηθεί η καθοριζόμενη από την Οδηγία 93/42/ΕΟΚ (άρθρο 8) τηρητέα από τα κράτη μέλη διαδικασία διασφάλισης (σχ. ΣΤΕ 1863/2014, πρβλ. ΔΕΚ απόφαση της 14.6.2007, C-6/05 «...», σκέψεις 60-62). Αν δε, η εφαρμογή της εν λόγω διαδικασίας διασφάλισης συνεπάγεται καθυστέρηση δυνάμενη να θίξει τη λειτουργία ενός «...» και, ως εκ τούτου, τη δημόσια «...», η αναθέτουσα αρχή νομιμοποιείται να λάβει όλα τα αναγκαία προσωρινά μέτρα, τηρουμένης της αρχής της αναλογικότητας, προκειμένου να μπορέσει το «...» αυτό να προμηθευτεί τα αναγκαία για την άρτια λειτουργία του προϊόντα (βλ. ΔΕφΠατρων 192/2022)

12. Επειδή, στους κρισιμους για την εξέταση της προσφυγής όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι : «... 1.3 Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης Αντικείμενο της σύμβασης : Προμήθεια του είδους «...» (cρν «...» «...»). Αναλυτική περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης δίδεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι [...] 2.4.3.2 Τεχνική Προσφορά Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις τεχνικές προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο "Απαιτήσεις-Τεχνικές Προδιαγραφές" του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται [...] 2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά η οποία: α) Δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον

Αριθμός απόφασης: 1613,1614/2023

τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους [...] 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλου «δικαιολογητικά συμμετοχής-τεχνική προσφορά»), [...] ζ) Παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης. [...]

ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι – ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ [...] ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Β΄ ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΚΑΙ ΑΙΤΟΥΜΕΝΕΣ «...» : [...] 7. Να διαθέτει ειδική θύρα για φόρτωση και εκτέλεση «...» [...] ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΣΤ΄ ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΚΑΙ ΑΙΤΟΥΜΕΝΕΣ «...» [...] 5. Να έχει δυνατότητα συνεχούς φόρτωσης και εκτέλεσης «...», από ειδική θύρα αλλά και δυνατότητα αλλαγής της προτεραιότητας «...». [...] 10. Να διαθέτει σύστημα «...» και με αποθήκευση των τιμών των «...» για μεγάλο χρονικό διάστημα. Οι τιμές των «...» να εισάγονται αυτόματα, ηλεκτρονικά χωρίς να πρέπει να τις εισαγάγει ο χειριστής με σκανάρισμα barcode ή χειροκίνητα [...] 13. Ο απαραίτητος «...» για τη διενέργεια οποιασδήποτε «...» να μην ξεπερνά τα 30μl για τη βέλτιστη διαχείριση «...» με μικρό όγκο...». Όπως δε έχει παγίως κριθεί, ενόψει του γεγονότος ότι κανονιστικές ρυθμίσεις, όπως οι θεσπιζόμενοι με τη διακήρυξη διαγωνισμού όροι, δεν χρήζουν ως εκ της φύσης τους αιτιολογίας, η Διοίκηση είναι καταρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης ως προς τα προς προμήθεια είδη ή υπηρεσίες, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη, η δε θέσπιση με τη διακήρυξη των προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες, για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή καθιστά ουσιαδώς δυσχερή τη συμμετοχή σ' αυτόν των προμηθευτών των οποίων τα προϊόντα ή οι υπηρεσίες δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων (πρβλ. ΣτΕ 1290/2016, 214/2011, ΕΑ 1049/2007, 691/2009), η δε σκοπιμότητα της θεσπίσεώς τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο

Αριθμός απόφασης: 1613,1614/2023

διαγωνισμό. (βλ. ΣΤΕ 1290/2016, 3719/2011). Ειδικότερα, λόγοι αίτησης ακύρωσης, με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό τη μορφή της αμφισβήτησης της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης, να προδιαγράψει αυτός, κατά τις επαγγελματικές του ανάγκες και δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (πρβλ. ΣΤΕ Ε.Α.1025/2010, 670/2009). Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από της απόψεως της τηρήσεως της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (πρβλ. Ε.Α ΣΤΕ 122/2021, ΣΤΕ 415/2014, 354/2014).

13. Επειδή, ο πρώτος προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η απαίτηση της υπ' αριθμ. 7 τεχνικής προδιαγραφής του Παραρτήματος Β της διακήρυξης αλλά και της υπ' αριθμ. 5 τεχνικής προδιαγραφής του Παραρτήματος ΣΤ της διακήρυξης ο «...» είναι μη νόμιμη. Και τούτο διότι δεν έχει προβλεφθεί η δυνατότητα ισοδύναμης λύσης, με αποτέλεσμα να αποκλείεται η συμμετοχή του, καθώς ο προσφερομενος από αυτόν «...» που διαθέτει ειδικό φορέα για φόρτωση και εκτέλεση «...», επιτυγχάνει το ζητούμενο αποτέλεσμα με διαφορετική τεχνική λύση, με την οποία επεξεργάζονται πρώτα τα «...», χαρακτηρισμένα ως " ...", στα οποία και δίδεται απόλυτη προτεραιότητα.

14. Επειδή, οι ως άνω ισχυρισμοί του πρώτου προσφεύγοντος ότι δεν επιτρέπεται η υποβολή ισοδύναμων λύσεων ως προς την διάθεση από τον «...» δεν αποκρίνονται στην έννοια της «ισοδυναμίας» κατ' άρθρον 54 του νόμου 4412/2016, η οποία αφορά τα αποδεικτικά μέσα ενός χαρακτηριστικού, τα οποία μέσα κατά τη διακήρυξη παραπέμπουν σε κάποιο προκαθορισμένο πλαίσιο προτύπων προδιαγραφών ή σε κάποια συγκεκριμένη τεχνική, διανοητικό δικαίωμα και μέθοδο κατασκευής, θεμελιώνοντας δυνατότητα να αποδειχθεί ισοδύναμως το εξαρχής πάντως πληρούμενο χαρακτηριστικό δια εναλλακτικού αποδεικτικού μέσου. Εν προκειμένω όμως, οι προδιαγραφές υπ' αριθμ. 7 του Παραρτήματος Β της διακήρυξης και υπ' αριθμ. 5 του Παραρτήματος ΣΤ της διακήρυξης, κατά των οποίων βάλλει ο πρώτος προσφεύγων ως προς τη μη πρόβλεψη ισοδυναμίας, αποτελούν λειτουργικές απαιτήσεις, κατά την έννοια του άρθρου 54 του ν. 4412/2016, και δεν

Αριθμός απόφασης: 1613,1614/2023

παραπέμπουν σε κάποιο πρότυπο ή πλαίσιο προδιαγραφών ούτε σε κάποια συγκεκριμένη κατασκευαστική μέθοδο ή διανοητικό δικαίωμα, ούτε ο πρώτος προσφεύγων επικαλείται ότι διαθέτει κάποιο έτερο τρόπο απόδειξης του πάντως πληρούμενου χαρακτηριστικού της ειδικής θύρας, αλλά επιδιώκει τη μεταβολή της ζητούμενης προδιαγραφής και την προσαρμογή των ζητούμενων χαρακτηριστικών του είδους κατά τρόπο, ώστε να προδιαγράφεται το αγαθό που σκοπεύει να προσφέρει. Ως εκ τούτου, οι σχετικοί ισχυρισμοί του πρώτου προσφεύγοντος σχετικά με την υπ' αριθμ. 7 τεχνική προδιαγραφή του Παραρτήματος Β της διακήρυξης αλλά και την υπ' αριθμ. 5 τεχνική προδιαγραφή του Παραρτήματος ΣΤ της διακήρυξης τυγχάνουν απορριπτέοι ως ερειδόμενοι επί εσφαλμένης προϋπόθεσης και αβάσιμοι.

15. Επειδή, περαιτέρω, ο πρώτος προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η υπ' αριθμ. 10 τεχνική προδιαγραφή του Παραρτήματος ΣΤ της διακήρυξης περί αυτόματης εισαγωγής των τιμών των «...» είναι αντιφατική διότι τέτοια αυτόματη εισαγωγή αποτελεί και το σκανάρισμα barcode, με το οποίο δεν καταλείπεται η παραμικρή πιθανότητα λάθους στην εισαγωγή δεδομένων. Ωστόσο, ο σχετικός ισχυρισμός προβάλλεται αβασίμως, καθώς η επίμαχη προδιαγραφή δεν παρουσιάζει καμία ασάφεια ή αντίφαση, δοθέντος ότι η εισαγωγή των τιμών με χρήση barcode προϋποθέτει την παρέμβαση/παρεμβολή του χρήστη και άρα, άνευ ετέρου, η σχετική εισαγωγή δεν μπορεί να χαρακτηριστεί ως αυτόματη. Ενόψει τούτου, αλυσιτελώς ο πρώτος προσφεύγων προβάλλει ότι ο προσφερόμενος από αυτόν «...» εισάγει τιμές των «...», αυτόματα ηλεκτρονικά (USB) ή μέσω σάρωσης του γραμμικού κώδικα (πχ. 2D) ή «...», επιτυγχάνοντας πλήρως το επιδιωκόμενο αποτέλεσμα.

16. Επειδή, εξάλλου, ο πρώτος προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η υπ' αριθμ. 13 τεχνική προδιαγραφή του Παραρτήματος ΣΤ της διακήρυξης περί ανώτατο ορίου 30ml του όγκου «...» είναι άκρως περιοριστική και επιτρέπει τη συμμετοχή μίας μόνο εταιρίας της αγοράς, είναι δε και ασυνήθης και απρόσφορη από «...» άποψη, καθώς μέχρι το επίπεδο των 100 ml η οποιαδήποτε διαφορά είναι όχι μόνο ανεπαίσθητη αλλά και δεν δημιουργεί κανένα πρόβλημα στη «...» (προαναλυτικά) αλλά και στον χειρισμό «...».

Αριθμός απόφασης: 1613,1614/2023

Εντούτοις, οι ως άνω ισχυρισμοί του πρώτου προσφεύγοντος προβάλλονται παντελώς αορίστως, εφόσον δεν προσκομίζεται κανένα μέσο τεκμηρίωσης της βασιμότητάς τους, με αποτέλεσμα ο πρώτος προσφεύγων να μην αποδεικνύει όχι μονον ποιος είναι ο οικονομικός φορέας που δήθεν ευνοείται από τη θέσπιση της επίμαχης προδιαγραφής, αλλά ούτε και τη χρησιμότητα, αναγκαιότητα και προσφορότητα της πρόβλεψης ανώτατου ορίου μέχρι 100ml του όγκου «...».

19. Επειδή, ωστόσο, οι προσβαλλόμενες με την πρώτη προσφυγή τεχνικές προδιαγραφές, που αποσκοπούν στην αποφυγή κινδύνων ασφάλειας και «...», έχουν τεθεί επιπροσθέτως της σήμανσης CE, χωρίς όμως να προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή έχει ενημερώσει τον «...» και έχει κινηθεί η διαδικασία διασφάλισης, προκειμένου να αιτιολογηθεί η θέσπιση των επίμαχων επιπρόσθετων τεχνικών προδιαγραφών, οι οποίες περιορίζουν ή αποκλείουν την ανάθεση της σύμβασης σε «...» είδη που φέρουν μόνον τη σήμανση CE. Και ναι μεν έχει κριθεί (βλ. ΔΕφΑθ 2722/2019, 26/2019) ότι ουδόλως εμποδίζεται μια αναθέτουσα αρχή να θεσπίσει, πέραν του CE, απαίτηση περί χαρακτηριστικών που προδιαγράφουν την κατηγορία και προορισμό του προϊόντος σε σχέση με την προοριζόμενη χρήση του, πέραν του CE, με αποτέλεσμα το CE να χρησιμοποιείται ως αποδεικνύον χαρακτηριστικά τα οποία το ίδιο δεν αφορά, αλλά και να τυγχάνουν προμήθειας προϊόντα που η αναθέτουσα δεν είναι τεχνικά, λογικά και πρακτικά δυνατό να παραλάβει, εγκαταστήσει και χρησιμοποιήσει ή εν τέλει να υπολαμβάνονται ως αποδεκτά ακόμη και είδη όλως άσχετα και με την ίδια την κατηγορία του υπό προμήθεια αγαθού, όμως προκειμένου να είναι νόμιμη η σχετική δυνατότητα απαιτείται η τήρηση της προβλεπόμενης διαδικασίας σύμφωνα με το ισχύον κανονιστικό πλαίσιο, ως έχει γίνει δεκτό στη σκέψη 11. Συνεπώς, ως βασίμως προβάλλει ο πρώτος προσφεύγων, μη νομίμως θεσπίζονται με τους ως άνω προσβαλλόμενους όρους επιπλέον προδιαγραφές, οι οποίες βαίνουν πέραν της σήμανσης CE, εφόσον δεν προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή τις έθεσε προς αποφυγή κινδύνων ασφάλειας και «...», ενημερώνοντας σχετικά τον «...» προκειμένου να κινηθεί

Αριθμός απόφασης: 1613,1614/2023

και ολοκληρωθεί η οικεία διαδικασία διασφάλισης και οι σχετικοί ισχυρισμοί της πρώτης προσφυγής θα πρέπει να γίνουν δεκτοί ως βάσιμοι.

20. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση πρώτη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, να ακυρωθούν η υπ' αριθμ. 7 τεχνική προδιαγραφή του Παραρτήματος Β και οι υπ' αριθμ. 5, 10 και 13 τεχνικές προδιαγραφές του Παραρτήματος ΣΤ της υπ' αριθμ. «...» διακήρυξης και να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο πρώτος προσφεύγων ,κατ' άρθρον 363 του ν. 4412/2016. Επίσης η δεύτερη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη και να καταπέσει υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου το ποσό των 2.265 ευρώ από το συνολικώς κατατεθέν παράβολο στον δεύτερο προσφεύγοντα να του επιστραφεί δε το υπόλοιπο ποσού 1.519 ευρώ ως αχρεώστητη καταβολή .

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την πρώτη προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 7 τεχνική προδιαγραφή του Παραρτήματος Β της διακήρυξης και τις υπ' αριθμ. 5, 10 και 13 τεχνικές προδιαγραφές του Παραρτήματος ΣΤ της υπ' αριθμ. «...» διακήρυξης ,κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό της παρούσας

Ορίζει την επιστροφή στον πρώτο προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 2.265 ευρώ.

Απορρίπτει τη δεύτερη προσφυγή

Διατάσσει την κατάπτωση εκ του κατατεθέντος παραβόλου για τη δεύτερη προσφυγή ποσού 2.265 ευρώ και την επιστροφή του υπολοίπου ποσού 1.595 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 27 Οκτωβρίου 2023 και εκδόθηκε στις 6 Νοεμβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΚΑΡΑΔΗΜΑ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ
Α/Α ΜΙΧΑΗΛ ΣΟΦΙΑΝΟΣ