

**Η**

**ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**4<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 10 Νοεμβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Μαρία Μανδράκη Μέλη.

Για να εξετάσει την από 2.10.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ. 1496/2.10.2023 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στην «...», 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 προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της τεχνικής προδιαγραφής Β.1.15 του Παραρτήματος Ι 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 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 646,49 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...», την από 29.09.2023 πληρωμή στην ΤΡΑΠΕΖΑ ΠΕΙΡΑΙΩΣ και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»), το οποίο υπερβαίνει κατά 46,49 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 και δεν μπορεί να είναι κατώτερο των 600 ευρώ. Επομένως, επί του ποσού των

## **Αριθμός απόφασης: 1663/2023**

76.800€ (μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και δικαιώματος προαίρεσης) που αποτελεί την εκτιμώμενη αξία της Ομάδας Β.1 («...») της σύμβασης σχετικά με την οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, το νόμιμο παράβολο ανέρχεται σε 600 ευρώ. Συνεπώς, το ανωτέρω παράβολο, κατά το υπερβάλλον μέρος του (46,49 ευρώ) πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα, ανεξάρτητα από την έκβαση της προσφυγής του.

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. «...» προσβαλλόμενη Διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε δημόσιο ανοικτό διαγωνισμό για την «...» για δύο (2) έτη (και ενός επιπλέον ενός (1) έτους Προαίρεσης)», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 129.297,44€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., ο οποίος αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 7.09.2023 με Α.Δ.Α.Μ. «...», καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό «...». Ως εκ τούτου, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή, ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

3. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 2.10.2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 7.09.2023, ο δε προσφεύγων ισχυρίζεται ότι έλαβε γνώση αυτής την 22.09.2023 και εν γένει παραδεκτά.

4. 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 ανάδειξή 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,

## Αριθμός απόφασης: 1663/2023

Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756). Ενόψει των ανωτέρω, ο προσφεύγων έχει, καταρχάς, έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής, δεδομένου ότι, ως ισχυρίζεται, δραστηριοποιείται στην παροχή συναφών υπηρεσιών, προτίθεται δε να συμμετάσχει στον επίδικο διαγωνισμό για την Ομάδα Β.1, όμως λόγω του προσβαλλόμενου όρου δυσχεραίνεται να υποβάλλει παραδεκτή προσφορά.

5. 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 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....»*.

6. Επειδή, το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: *«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.),...»*.

7. 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*

## Αριθμός απόφασης: 1663/2023

*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...».*

8. Επειδή, στους κρισιμούς για την εξέταση της προσφυγής όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι : «... 1.3 Συνοπτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικείμενου της Σύμβασης Αντικείμενο της Σύμβασης είναι η Προμήθεια «...» για δύο (2) έτη (+ 1 Έτος Προαίρεση) για το «...» (με υποχρέωση του Προμηθευτή για απόλυτη συμμόρφωση με τις Τεχνικές Προδιαγραφές και τους Όρους της Διακήρυξης [...] Αναλυτική περιγραφή και τεχνικές προδιαγραφές του φυσικού αντικείμενου της Σύμβασης δίδεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι της παρούσας Διακήρυξης [...] 2.4.3.2 Τεχνική Προσφορά Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο “Απαιτήσεις-Τεχνικές Προδιαγραφές” του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Ι της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα (σύμφωνα με Παράρτημα της Διακήρυξης, Άρθ.94, Ν.4412).[...] 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: α) η οποία αποκλίνει από απαραίτους όρους περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, ή δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται στην παρούσα και συγκεκριμένα στις παραγράφους [...] 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), [...] ι) η οποία παρουσιάζει αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης,[...] ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι [...] Β. ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ – ΠΟΣΟΤΗΤΕΣ- ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ ΑΝΑ ΕΙΔΟΣ -ΓΙΑ ΤΗΝ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ «...». Β.1. «...» (κατάλληλος για την τεχνική

## Αριθμός απόφασης: 1663/2023

«...»). Β.1. ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΤΟΥ «...» [...] Β.1.15. Για να γίνει δεκτή μία προσφορά ο προσφερόμενος «...» πρέπει να εκτελεί απαραίτητα το παρακάτω φάσμα «...» είτε μεμονωμένα είτε σε συνδυασμούς - Προσδιορισμός ABO/Rhesus με διπλό κλώνο Rhesus(D μονοκλωνικό IgM/D blend μο νοκλωνικό IgG/IgM) για λόγους ασφάλειας. -Προσδιορισμός ανάστροφης ομάδας - επιβεβαίωση ομάδας -Προσδιορισμός φαινοτύπου του συστήματος Rhesus (C,c,E,e) και αντιγόνο Kell -Προσδιορισμός ABO RH νεογνών.[...]. Όπως δε έχει παγίως κριθεί, η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση της σύμβασης προμήθειας, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές με βάση τις ανάγκες της και την σκοπιμότητα χρήσης των υπό προμήθεια προϊόντων, η δε θέσπιση, με την 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 στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν τινών διαγωνιζομένων, των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από την φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους εν γένει απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό. Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από της απόψεως της τηρήσεως της τήρησης του εγχώριου κι ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣτΕ. 9/2015 (ΑΣΦ), Ε.Α. 415/2014.).

9. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι ο προσβαλλόμενος όρος Β.1.15 του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης πρέπει να ακυρωθεί ως υπέρμετρα και αδικαιολόγητα περιοριστικός διότι, σύμφωνα με τον τρόπο προσδιορισμού ABO/Rhesus, ήτοι την «...», που αναφέρεται στον εν λόγω όρο, τίθενται εκτός των τεχνικών προδιαγραφών του διαγωνισμού υποψήφιοι οικονομικοί φορείς, των οποίων οι προσφερόμενοι «...» δύνανται να επιτύχουν τον προσδιορισμό ABO/Rhesus με δύο διαφορετικούς κλώνους D

### Αριθμός απόφασης: 1663/2023

τύπου IgM. Συγκεκριμένα, κατά τον προσφεύγοντα, ένα επιτυχές αποτέλεσμα κατά την ανάλυση μπορεί να επιτευχθεί και με δύο διαφορετικούς κλώνους, και άρα δεν απαιτείται ο ένας εξ αυτών να είναι τύπου IgG/IgM, τουναντίον, εάν και οι δύο κλώνοι D που απαιτούνται για τον προσδιορισμό του παράγοντα Rh είναι και οι δύο τύπου IgM, το εξαγόμενο αποτέλεσμα χαρακτηρίζεται από το υψηλότερο δυνατό επίπεδο ασφάλειας. Επίσης, ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι ο προσδιορισμός με δύο διαφορετικούς κλώνους τύπου IgM αποτελεί έναν επιστημονικά αποδεκτό τρόπο ανάλυσης, που εφαρμόζεται εδώ και αρκετά χρόνια σε πλείονα και σημαντικά «...» της Ελλάδας και έχει αποδειχθεί αξιόπιστος, καθώς επιτυγχάνεται ορθός προσδιορισμός του αντιγόνου και μάλιστα με υψηλά επίπεδα ασφάλειας.

10. Επειδή, στον όρο 2.4.3.2 της διακήρυξης προβλέπεται ότι η τεχνική προσφορά πρέπει να περιλαμβάνει όλα τα έγγραφα με τα οποία αποδεικνύεται η πλήρωση των τεχνικών προδιαγραφών του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης. Στο δε Μέρος Β του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης τίθεται ως υπ' αριθμ. 1.15 τεχνική προδιαγραφή ο προσφερόμενος «...» να εκτελεί απαραίτητα «...» με προσδιορισμός ABO/Rhesus με διπλό κλώνο Rhesus (D μονοκλωνικό IgM/D blend μονοκλωνικό IgG/IgM) για λόγους ασφάλειας. Επομένως, σε περίπτωση που ο διαγωνιζόμενος προσφέρει «...» που δεν επιτυγχάνει τον προσδιορισμό ABO/Rhesus, ως απαιτεί η υπ' αριθμ. Β.1.15 προδιαγραφή, δεν μπορεί να υποβάλλει παραδεκτή προσφορά, καθώς θα συντρέχει λόγος αποκλεισμού του ερειδόμενος στη μη πλήρωση τεχνικής προδιαγραφής κατά τα αναφερόμενα στον όρο 2.4.6 της διακήρυξης.

11. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της συνομολογεί τη βασιμότητα των ισχυρισμών του προσφεύγοντος, ωστόσο δεν έχει προβεί στην έκδοση απόφασης ακύρωσης/τροποποίησης του προσβαλλόμενου όρου Β.1.15 του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης. Ειδικότερα, η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι ο προσβαλλόμενος όρος έχει τεθεί εκ παραδρομής και αποδέχεται ότι αν η σύνθεση του «...» προσδιορισμού του παράγοντα Rhesus, είναι IgG + IgM ή μόνο IgM δεν έχει ιδιαίτερη σημασία για την εν λόγω «...», διότι το «...» D τύπου IgM προκαλεί ισχυρή συγκόλληση και οδηγεί σε σαφές αποτέλεσμα, ενώ το D τύπου IgG χρειάζεται επιπλέον «...»

## **Αριθμός απόφασης: 1663/2023**

αντισφαιρίνης ώστε να επιτύχει την επιθυμητή απεικόνιση, με αποτέλεσμα τα «...» με κλώνο τύπου IgG, ο οποίος εμπεριέχεται στο «...» D τύπου IgG/IgM να μην είναι αποτελεσματικά, χωρίς την δοκιμασία έμμεσης αντισφαιρίνης, ώστε να επιτευχθεί το ζητούμενο. Συνεπώς, βάσει των προεκτεθέντων, βασίμως ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι ο προσβαλλόμενος όρος, που είναι περιοριστικός του ανταγωνισμού, έχει θεσπιστεί ανατιολόγητα και δεν εξυπηρετεί τις ανάγκες της αναθέτουσας αρχής και ως εκ τούτου πρέπει να ακυρωθεί. Σημειωτέον ότι η ΕΑΔΗΣΥ διαθέτει ακυρωτική αρμοδιότητα και δεν δύναται να υποκαταστήσει την αναθέτουσα αρχή και να προβεί σε τροποποίηση του περιεχομένου του προσβαλλόμενου όρου της διακήρυξης, ζήτημα που υπάγεται στην αποκλειστική αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής.

12. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. Β.1.15 τεχνική προδιαγραφή του Παραρτήματος Ι της υπ' αριθμ. «...» διακήρυξης και να επιστραφεί το συνολικώς κατατεθέν παράβολο ,κατ' άρθρον 363 του ν. 4412/2016.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 1.15 τεχνική προδιαγραφή του Μέρους Β του Παραρτήματος Ι της υπ' αριθμ. «...» διακήρυξης κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό της παρούσας

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 646,49 ευρώ

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 10 Νοεμβρίου 2023 και εκδόθηκε στις 13 Νοεμβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**  
**ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΚΑΡΑΔΗΜΑ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**  
**ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ**  
**Α/Α ΜΙΧΑΗΛ ΣΟΦΙΑΝΟΣ**