

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 19 Σεπτεμβρίου 2019 με την εξής σύνθεση: Πουλοπούλου Αγγελική Πρόεδρος, Εμμανουέλα Σωτηροπούλου-Εισηγήτρια και Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Μέλη, κατόπιν της με αρ. 8/2019 απόφασης της Ολομέλειας της ΑΕΠΠ και της με αρ. 25/2019 Πράξης του Προέδρου της ΑΕΠΠ.

Για να εξετάσει την από 16.8.2019 με Γεν. Αρ. Κατ. Α.Ε.Π.Π. 1035/19-8-2019 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία, νομίμως εκπροσωπούμενου

Κατά της αναθέτουσας αρχής «.....» και των όρων της διακήρυξης με αρ. περί ηλεκτρονικού ανοικτού διαγωνισμού για την ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΙ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΟΥ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΩΝ, αθροιστικής εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 10.427.419,35 ευρώ, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής σε ευρώ ανά Ομάδα Ειδών.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Εμμανουέλα Σωτηροπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή με την υπό κρίση Προσφυγή, η οποία κατετέθη την 16/8/2019 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.), κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου και την 21/8/2019 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην

Αριθμός Απόφασης : 1130/2019

προβλεπόμενη στο άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017 κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής στους λοιπούς ενδιαφερόμενους με μήνυμα μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η προδιαγραφή με αριθμό 14 της Ομάδας 13 – Ιστοκινέτα Παθολογοανατομικού, Τεχνική Προδιαγραφή 21 , όπου απαιτείται «*Να διαθέτει σύστημα μέτρησης/παρακολούθησης του ειδικού βάρους των αλκοολών*».

2. Επειδή η, ως αναθέτουσα αρχή, με την υπ' αρ. διακήρυξη της, προκήρυξε Ηλεκτρονικό άνω των ορίων (Διεθνή) Ανοικτό Διαγωνισμός για την «Προμήθεια και εγκατάσταση μηχανολογικού εξοπλισμού Νοσοκομείων,» αθροιστικής εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 10.427.419,35 ευρώ, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής σε ευρώ ανά Ομάδα Ειδών. Η παρούσα σύμβαση υποδιαιρείται σε 21 ομάδες και ειδικότερα 1η ΟΜΑΔΑ ΟΦΘΑΛΜΟΛΟΓΙΚΟΣ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΣ, προϋπολογισμού 270.161,29 άνευ ΦΠΑ, 2η ΟΜΑΔΑ ΣΥΣΤΗΜΑ ΥΠΕΡΗΧΟΓΡΑΦΙΑΣ προϋπολογισμού 100.806,45 άνευ ΦΠΑ, 3η ΟΜΑΔΑ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΣ ΕΚΑ προϋπολογισμού 64.516,13 άνευ ΦΠΑ, 4η ΟΜΑΔΑ ΚΛΙΝΕΣ/ ΣΤΡΩΜΑΤΑ ΝΟΣΗΛΕΙΑΣ προϋπολογισμού 528.225,81 άνευ ΦΠΑ, 5η ΟΜΑΔΑ ΣΥΣΤΗΜΑ ΠΑΡΑΚΟΛΟΥΘΗΣΗΣ ΦΥΣΙΟΛΟΓΙΚΩΝ ΠΑΡΑΜΕΤΡΩΝ προϋπολογισμού 455.645,16 άνευ ΦΠΑ, 6η ΟΜΑΔΑ ΑΝΑΠΝΕΥΣΤΗΡΕΣ προϋπολογισμού 250.000,00 άνευ ΦΠΑ, 7η ΟΜΑΔΑ ΣΥΓΚΡΟΤΗΜΑΤΑ ΕΝΔΟΣΚΟΠΗΣΕΩΝ προϋπολογισμού 685.483,87 άνευ ΦΠΑ, 8η ΟΜΑΔΑ ΨΗΦΙΑΚΟΣ ΜΑΣΤΟΓΡΑΦΟΣ προϋπολογισμού 564.516,13 άνευ ΦΠΑ, 9η ΟΜΑΔΑ ΚΛΙΒΑΝΟΙ ΑΤΜΟΥ ΚΕΝΤΡΙΚΗΣ ΑΠΟΣΤΕΙΡΩΣΗΣ προϋπολογισμού 483.870,97, 10η ΟΜΑΔΑ ΧΕΙΡΟΥΡΓΙΚΟ ΜΙΚΡΟΣΚΟΠΙΟ προϋπολογισμού 322.580,64 άνευ ΦΠΑ, 11η ΟΜΑΔΑ ΨΗΦΙΑΚΟ ΣΥΣΤΗΜΑ ΧΟΛΗΔΟΣΚΟΠΙΟΥ - ΠΑΓΚΡΕΑΤΟΣΚΟΠΙΟΥ προϋπολογισμού 40.322,58 άνευ ΦΠΑ, 12η ΟΜΑΔΑ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΣ ΣΥΓΓΡΟΣ προϋπολογισμού 209.677,42 άνευ ΦΠΑ, 13η ΟΜΑΔΑ ΙΣΤΟΚΙΝΕΤΑ ΠΑΘΟΛΟΓΟΑΝΑΤΟΜΙΚΟΥ προϋπολογισμού 28.225,81 άνευ ΦΠΑ, 14η ΟΜΑΔΑ ΔΙΦΑΣΙΚΟΙ ΑΠΙΝΙΔΩΤΕΣ ΜΕ ΒΗΜΑΤΟΔΟΤΗ προϋπολογισμού 20.161,29 άνευ ΦΠΑ, 15η ΟΜΑΔΑ ΠΥΡΓΟΣ ΛΑΠΑΡΟΣΚΟΠΙΚΗΣ ΧΕΙΡΟΥΡΓΙΚΗΣ προϋπολογισμού 193.548,39 άνευ ΦΠΑ, 16η ΟΜΑΔΑ ΣΥΣΤΗΜΑ ΡΟΜΠΟΤΙΚΗΣ ΤΕΧΝΟΛΟΓΙΑΣ

Αριθμός Απόφασης : 1130/2019

ΕΦΑΡΜΟΖΟΜΕΝΟ ΣΤΟ ΑΝΩ ΑΚΡΟ ΣΥΝΟΔΕΥΟΜΕΝΟ ΜΕ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟ ΥΠΟΛΟΓΙΣΤΗ προϋπολογισμού 80.645,16 άνευ ΦΠΑ, 17η ΟΜΑΔΑ ΣΥΣΤΗΜΑ ΑΓΓΕΙΟΓΡΑΦΙΑΣ ΜΕ ΣΥΣΤΗΜΑ ΑΝΑΡΤΗΣΗΣ MONITOR προϋπολογισμού 1.048.387,10 άνευ ΦΠΑ, 18η ΟΜΑΔΑ ΣΕΤ ΑΝΑΡΤΗΣΗΣ ΟΡΟΦΗΣ ΑΠΟΤΕΛΟΥΜΕΝΟ ΑΠΟ ΣΚΙΑΛΥΤΙΚΗ ΛΥΧΝΙΑ, ΛΑΠΑΡΟΣΚΟΠΙΚΗ ΣΤΗΛΗ ΚΑΙ ΣΤΗΛΗ ΑΝΑΙΣΘΗΣΙΟΛΟΓΟΥ προϋπολογισμού 161.290,32 άνευ ΦΠΑ, 19η ΟΜΑΔΑ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΣ ΑΠΟΚΛΕΙΣΤΙΚΗΣ ΣΤΕΡΕΟΤΑΚΤΙΚΗΣ ΑΚΤΙΝΟΧΕΙΡΟΥΡΓΙΚΗΣ ΑΚΤΙΝΟΘΕΡΑΠΕΙΑΣ προϋπολογισμού 4.032.258,06 άνευ ΦΠΑ, 20η ΟΜΑΔΑ ΜΗΧΑΝΗΜΑΤΑ ΤΕΧΝΗΤΟΥ ΝΕΦΡΟΥ ΚΑΙ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΣ προϋπολογισμού 604.838,71 άνευ ΦΠΑ, 21η ΟΜΑΔΑ ΜΟΝΑΔΑ ΠΑΡΑΓΩΓΗΣ ΟΞΥΓΟΝΟΥ προϋπολογισμού 282.258,06 άνευ ΦΠΑ. Προσφορές υποβάλλονται για μία ή και περισσότερες Ομάδες Ειδών. Το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα στις 26-7-2019 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ την 30-7-2019 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α την 30-7-2019. Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε αρχικά η 26-8-2019 ημέρα Παρασκευή και ώρα 12.00μ.μ. Εντούτοις, με την με αρ. αριθ. 2126/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής αποφασίστηκε η μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών, η οποία ορίστηκε για την 16-9-2019. Κατόπιν δε εκδόσεως της με αρ. Α 409/2019, Α 410/2019 και Α 411/2019 απόφασης του οικείου Κλιμακίου, η καταληκτική προθεσμία για υποβολή προσφορών για τον υπόψη διαγωνισμό ορίστηκε για την 16η -10-2019 και ώρα 12:00, ως φαίνεται από τον διαδικτυακό τοπο του διαγωνισμού χωρίς να έχει εκδοθεί καμία απόφαση προς τούτο, ζήτημα για το οποίο το Κλιμάκιο δεν μπορεί να επιληφθεί εφόσον δεν προβάλλεται από την προσφεύγουσα.

3. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο ηλεκτρονικό παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, με κωδικό, ποσού 600,00 €.

4. Επειδή η υπό κρίση Προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την

Αριθμός Απόφασης : 1130/2019

παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016, η δε Α.Ε.Π.Π. είναι αρμόδια βάσει συνολικού ποσού της Διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ως και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από το άρθρο 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει.

6. Επειδή η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (γ) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (γ) του Π.Δ. 39/2017.

7. Επειδή η Προσφεύγουσα με έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση Προδικαστική της Προσφυγή καθώς δραστηριοποιείται ενεργά στον τομέα που αποτελεί το αντικείμενο της επίμαχης προμήθειας, ενδιαφέρεται δε να συμμετάσχει στον επίδικο διαγωνισμό, και ειδικότερα στη 13η ΟΜΑΔΑ ΙΣΤΟΚΙΝΕΤΑ ΠΑΘΟΛΟΓΟΑΝΑΤΟΜΙΚΟΥ, προϋπολογισθείσας δαπάνης 28.225,81 ευρώ άνευ ΦΠΑ επικαλείται δε συγκεκριμένους όρους της οικείας Διακήρυξης, οι οποίοι, όπως ισχυρίζεται, δεν της επιτρέπουν να συμμετάσχει σε αυτόν καθώς η διατύπωση τους αποκλείει εξ αρχής τα προϊόντα της.

8. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 1ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ.

9. Επειδή η προσφεύγουσα με την προσφυγής της υποστηρίζει ότι η Τεχνική Προδιαγραφή 21 της Ομάδας 13 – Ιστοκινέτα Παθολογοανατομικού της προδιαγραφής με αριθμό 14 όπου απαιτείται «*Να διαθέτει σύστημα μέτρησης/παρακολούθησης του ειδικού βάρους των αλκοολών*» καθιστά τη Διακήρυξη ακυρωτέα και πρέπει να διαγραφεί, καθώς παραβιάζει το άρθρο 18 του διέποντος το διαγωνισμό νόμου 4412/2016 αφού αναφέρεται σε σύστημα [ιστοκινέτα] συγκεκριμένου κατασκευαστή (.....) και χαρακτηρίζεται "φωτογραφική" αποκλείοντας την συμμετοχή όχι μόνο της προσφεύγουσας, αλλά σχεδόν όλων των λοιπών εταιρειών του κλάδου, οι οποίες δεν διαθέτουν παρόμοιο σύστημα μέτρησης και παρακολούθησης του ειδικού βάρους των αλκοολών. Σε κάθε περίπτωση, υποστηρίζει ότι η ουσιαστική χρησιμότητα της

εν λόγω απαίτησης / προδιαγραφής, που σχετίζεται με την ποιοτική μέτρηση και παρακολούθηση των διαλυμάτων επεξεργασίας, ούτως ώστε να ενημερώνεται αυτόματα ο χρήστης για την αντικατάσταση όσων εξ αυτών κρίνεται αναγκαίο να αντικατασταθούν, υπερκαλύπτεται από την προδιαγραφή της Διακήρυξης Νο 13 [«να διαθέτει σύστημα ενημέρωσης των χρηστών για την αντικατάσταση των διαλυμάτων»].

10. Επειδή η αναθέτουσα αρχή ουδέποτε ούτε φάκελο με τα στοιχεία της υπόθεσης ούτε τις κατά νόμο προβλεπόμενες απόψεις της επί των αιτιάσεων της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής απέστειλε μέχρι την ημερομηνία εξέτασης της, αν και εκλήθη να το πράξει τούτο νομίμως και εντός των νομίμων προθεσμιών με τη με αρ. 1314, 1315, 1316/2019 πράξη ορισμού ημερομηνίας εξέτασης της προσφυγής και εισηγητή της Προέδρου του 1ου Κλιμακίου.

11. Επειδή, το άρθρο 365 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι «1.Στις περιπτώσεις όπου η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, σύμφωνα με το πρώτο εδάφιο της παραγράφου 1 του άρθρου 362, η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών: (α) κοινοποιεί την προσφυγή το αργότερο εντός πέντε (5) ημερών σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της προσφυγής, προκειμένου να ασκήσει το δικαίωμα παρέμβασής του στη διαδικασία εξέτασης της προσφυγής, σύμφωνα με την παράγραφο 3 του άρθρου 362, και (β) διαβιβάζει στην ΑΕΠΠ, το αργότερο εντός δέκα (10) ημερών από την ημέρα κατάθεσης, τον πλήρη φάκελο της υπόθεσης, τις απόψεις της επί της προσφυγής και τα αποδεικτικά κοινοποίησης της περίπτωσης α' της παραγράφου 1, στους ενδιαφερόμενους τρίτους. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την προδικαστική πράξης.». 2.Σε περίπτωση μη αποστολής του φακέλου από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με την περίπτωση β' της προηγούμενης παραγράφου, η ΑΕΠΠ μπορεί να συνάγει τεκμήριο ομολογίας της αναθέτουσας αρχής για την πραγματική βάση των ισχυρισμών του προσφεύγοντος. Το ίδιο τεκμήριο μπορεί να θεωρηθεί ότι συντρέχει και αν τα στοιχεία τα οποία έχουν αποσταλεί από την

Αριθμός Απόφασης : 1130/2019

αναθέτουσα αρχή είναι, κατά την κρίση της ΑΕΠΠ, ελλιπή και δεν επαρκούν για τον έλεγχο του βασίμου των προβαλλόμενων αιτιάσεων. 3. Η ΑΕΠΠ, εφόσον κρίνει ότι η παράλειψη αποστολής των αναφερόμενων στην παράγραφο 1 στοιχείων ή η καθυστερημένη αποστολή τους είναι αδικαιολόγητη, καθιστά, δε, ιδιαιτέρως δυσχερή την ουσιαστική παροχή προδικαστικής Προστασίας, μπορεί, με την απόφαση επί της προσφυγής, σταθμίζοντας τις συντρέχουσες σε κάθε περίπτωση συνθήκες, να επιβάλει αυτεπαγγέλτως χρηματική κύρωση στην αναθέτουσα αρχή. Το ποσό της κύρωσης αυτής μπορεί να ανέρχεται από εκατό (100) μέχρι πεντακόσια (500) ευρώ, κατ' εκτίμηση των περιστάσεων και αναλόγως της βαρύτητας της παράβασης, και καταβάλλεται μία φορά για κάθε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης και αποτελεί έσοδο του Κρατικού Προϋπολογισμού. Μνεία της κύρωσης αυτής γίνεται στον ατομικό φάκελο του υπεύθυνου της καθυστέρησης ή ελλιπούς αποστολής ή μη αποστολής του φακέλου και των απόψεων της υπηρεσίας υπαλλήλου. Με τον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών της παρ. 7 ορίζεται ο τρόπος και χρόνος κατάθεσης και είσπραξης της χρηματικής κύρωσης, ο τρόπος απόδειξης της είσπραξης της, καθώς και κάθε άλλη αναγκαία λεπτομέρεια».

12. Επειδή, συναφώς η διάταξη του άρθρου 14 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 με τίτλο «Συνέπειες μη αποστολής φακέλου εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής» ορίζει ότι: «Σε περίπτωση μη αποστολής στο σχηματισμό της ΑΕΠΠ, που εξετάζει την προδικαστική προσφυγή, εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, των απόψεών της και των κωδικών πρόσβασης στα στοιχεία του διαγωνισμού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην περίπτωση β' της παραγράφου 2 του άρθρου 9 του παρόντος Κανονισμού, ο οικείος σχηματισμός μπορεί να συνάγει τεκμήριο ομολογίας της αναθέτουσας αρχής για την πραγματική βάση των ισχυρισμών του προσφεύγοντος. [...]».

13. Επειδή, από την συνδυαστική ερμηνεία της νομολογίας και του υφιστάμενου πλαισίου παροχής έννομης προστασίας του ν. 4412/2016, προκύπτει με σαφήνεια, ότι, αναδεικνύεται ως υψίστης σημασίας για την παροχή έγκαιρης και αποτελεσματικής έννομης προστασίας, η έγκαιρη και ουσιαστική από πλευράς περιεχόμενου αποστολή απόψεων μετά του διοικητικού φακέλου εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής. Και τούτο διότι η

αναθέτουσα αρχή ως συντάξασα τους όρους της διακήρυξης, αναδεικνύεται εκ του πλαισίου ως παράγων μείζονος σημασίας προς την επίτευξη και διαμόρφωση της απόφασης εκ μέρους της ΑΕΠΠ αντικρούοντας τις αιτιάσεις της υπό κρίση προσφυγής, ιδίως στην προκείμενη περίπτωση που αυτές αφορούν 1. Σε αιτιάσεις ότι η τιθέμενη Τεχνική Προδιαγραφή 21 της Ομάδας 13 – Ιστοκινέτα Παθολογοανατομικού της προδιαγραφής με αριθμό 14 όπου απαιτείται «*Να διαθέτει σύστημα μέτρησης/παρακολούθησης του ειδικού βάρους των αλκοολών*» ευνοεί συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, ήτοι φωτογραφίζουν τα προϊόντα συγκεκριμένης εταιρείας, αποκλείοντας με τον τρόπο αυτό εξ αρχής τους υπόλοιπους οικονομικούς φορείς, μεταξύ των οποίων και της προσφεύγουσας, οι οποίοι δεν διαθέτουν παρόμοιο σύστημα μέτρησης και παρακολούθησης του ειδικού βάρους των αλκοολών, να συμμετάσχουν στον υπό κρίση διαγωνισμό, 2. Σε αιτιάσεις ότι α. Η ουσιαστική χρησιμότητα της εν λόγω απαίτησης / προδιαγραφής, που σχετίζεται με την ποιοτική μέτρηση και παρακολούθηση των διαλυμάτων επεξεργασίας, ούτως ώστε να ενημερώνεται αυτόματα ο χρήστης για την αντικατάσταση όσων εξ αυτών κρίνεται αναγκαίο να αντικατασταθούν, υπερκαλύπτεται από την προδιαγραφή της Διακήρυξης Νο 13 σύμφωνα με την οποία απαιτείται «*να διαθέτει σύστημα ενημέρωσης των χρηστών για την αντικατάσταση των διαλυμάτων*». β. Η ύπαρξη ενός συστήματος ελέγχου του ειδικού βάρους της αλκοόλης, δεν καλύπτει τον πλήρη έλεγχο και παρακολούθηση της ποιότητας των διαλυμάτων. Η προσφεύγουσα μάλιστα προβαίνει σε αναφορά των διαλυμάτων που χρησιμοποιούνται κατά την επεξεργασία των ιστολογικών παρασκευασμάτων και σε λεπτομερή προβολή των αρνητικών χαρακτηριστικών των αλκομέτρων, τα οποία είναι ιδιαίτερα ευαίσθητα και ιδιαίτερα ευαίσθητα και επηρεάζονται από την θερμοκρασία και την υγρασία, δίνοντας μάλιστα σε κάποιες περιπτώσεις εσφαλμένες πληροφορίες. Προς επίρρωση δε προβάλλει ότι οι περισσότερες διαθέσιμες ιστοκινέτες/μηχανήματα επεξεργασίας της αγοράς, έχουν αντικαταστήσει την χρήση τους με αντίστοιχα ενσωματωμένα συστήματα καταγραφής χρήσης των διαλυμάτων, μέσω του λογισμικού τους, που ενημερώνουν τον χρήστη για την έγκαιρη ανάγκη αντικατάστασης των διαλυμάτων, ανάλογα με τα κριτήρια του καταγραφέα που έχουν να κάνουν με

Αριθμός Απόφασης : 1130/2019

τον αριθμό των δειγμάτων/κασετών που κάθε επιμέρους διάλυμα έχει επεξεργαστεί και τον αριθμό των κύκλων χρήσης, αντίστοιχα για το κάθε διάλυμα.

14. Επειδή, όπως έχει γίνει δεκτό από τη νομολογία (ΣΤΕ 3719/2011, 1105/2010, Ε.Α. ΣΤΕ 676/2011, 77/2011, 1140/2010, 1025/2010, 1024/2010, 691/2009, 434/2008 κ. ά.), η αναθέτουσα αρχή 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. 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 ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή σε αυτόν των προμηθευτών, των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (ΣΤΕ ΕΑ 124/2015, 9/2015, 354/2014). Πλην όμως, η παραπάνω ευχέρεια, όπως κάθε μορφή διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας στο πλαίσιο της προσυμβατικής διαδικασίας, ελέγχεται δια προδικαστικής προσφυγής ως προς την τυχόν εκ μέρους της κακή χρήση αυτής ή υπέρβαση των άκρων ορίων τα οποία όσον αφορά τον καθορισμό όρων διακήρυξης τίθενται στο σημείο εκείνο, όπου δεν θίγεται αδικαιολόγητα η αρχή της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και πρωτίστως του αποτελεσματικού ανταγωνισμού (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 209/2017, 238/2017, 61/2018, 487/2018, 985/2018, 894/2019).

15. Επειδή, εν προκειμένω, ως έγινε δεκτό στη σκέψη 10, η αναθέτουσα αρχή, αν και νόμιμα κλήθηκε να υποβάλλει τις απόψεις της αδικαιολογήτως δεν απέστειλε μέχρι τη συζήτηση της υποθέσεως τον φάκελο με τις απόψεις της επ' αυτής. Η δε παράλειψη αποστολής τους καθιστά ιδιαιτέρως δυσχερή την ουσιαστική παροχή προστασίας και τούτο διότι το αρμόδιο προς κρίση Κλιμάκιο δεν δύναται να συνάγει 1. Αν τα ειδικότερα

Αριθμός Απόφασης : 1130/2019

τεχνικά χαρακτηριστικά της προσβαλλόμενης προδιαγραφής έχουν πράγματι καθοριστεί σύμφωνα με τις ανάγκες του και σε συνδυασμό με τα αποτελέσματα χρήσης τους και εν τέλει αν μόνον αυτή η συγκεκριμένη προδιαγραφή για ύπαρξη συστήματος μέτρησης/ παρακολούθησης του ειδικού βάρους των αλκοολών, εξυπηρετεί αποτελεσματικά τις ανάγκες για την κάλυψη των οποίων τίθενται (πρβλ. Σ.Τ.Ε. 365/2007, ΕΑ 267/2008) 2. αν πράγματι ο προσβαλλόμενος όρος είναι φωτογραφικός ή όχι, πολλώ δε μάλλον που η προσφεύγουσα ονοματίζει συγκεκριμένο προϊόν και εταιρεία. Λόγω δε του ιδιαζόντως τεχνικού χαρακτήρα της προσβαλλόμενης ειδικής τεχνικής προδιαγραφής και του γεγονότος ότι η αναθέτουσα αρχή δεν προέβαλλε καμία αντίκρουση επί των ως άνω αιτιάσεων ουδόλως μπορεί να συναχθεί αν η προσβαλλόμενη τεχνική προδιαγραφή έχει τεθεί στην προσβαλλόμενη Διακήρυξη κατόπιν τήρησης της αρχής της ισότιμης πρόσβασης των οικονομικών φορέων στη διαγωνιστική διαδικασία και αν πράγματι ευνοούνται ή αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή προϊόντα. Η στάση αυτή της αναθέτουσας αρχής, ήτοι η παράλειψη αποστολής εκ μέρους της των απόψεων της, επιτρέπει, συνεπώς, κατά τα προεκτεθέντα, την συναγωγή τεκμηρίου ότι συνομολογεί την ακρίβεια της πραγματικής βάσεως των ανωτέρω ισχυρισμών της προσφεύγουσας.

16. Επειδή κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει στο σύνολο της δεκτή καθώς το Κλιμάκιο ομοφώνως συνάγει τεκμήριο ομολογίας της πραγματικής και νομικής βασιμότητας των αιτιάσεων των υπό εξέταση προδικαστικών προσφυγών κατ' εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 365 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 14 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017

17. Επειδή ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα με κωδικό, ποσού 600,00 € πρέπει να της επιστραφεί, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός Απόφασης : 1130/2019

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προδιαγραφή με αριθμό 14 της Ομάδας 13 – Ιστοκινέτα Παθολογοανατομικού, Τεχνική Προδιαγραφή 21, όπου απαιτείται *«Να διαθέτει σύστημα μέτρησης/παρακολούθησης του ειδικού βάρους των αλκοολών»*.

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε την 19 Σεπτεμβρίου 2019 και εκδόθηκε την 3 Οκτωβρίου 2019 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ ΑΓΓΕΛΙΚΗ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΑΣΗΜΑΚΟΠΟΥΛΟΣ ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ