

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 23 Σεπτεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Εισηγήτρια και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 16.8.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1152/16.8.2022 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «... ..» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του «...» όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»).

Κατά του οικονομικού φορέα «... ..» και με διακριτικό τίτλο «... ..» (εφεξής η «παρεμβαίνουσα»).

Με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή της, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της υπ' αριθμό .../2022 Διακήρυξης (εφεξής η «προσβαλλόμενη» ή «προσβαλλόμενη Διακήρυξη») κατά το σκέλος που προσβάλλεται, και δη να ακυρωθεί η υπ' αριθμό 5 τεχνική προδιαγραφή που αφορά στα αναλώσιμα του «*κυτταρομετρητή ροής*» (Τμήμα 3).

Με την παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα αιτείται την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια,

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ποσού 980,00€), το οποίο υπολογίζεται ως ποσοστό 0,50% επί της

Αριθμός Απόφασης: 1473 /2022

προϋπολογισθείσας, άνευ Φ.Π.Α., αξίας του Τμήματος 3 της σύμβασης επί της οποίας ασκείται η προσφυγή, ήτοι επί του ποσού των €196.000,00.

2. Επειδή με την υπ' αριθμ. .../2022 Διακήρυξη, η Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε δημόσιο ανοιχτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων για την προμήθεια χημικών αντιδραστηρίων παρασκευαστικών χρήσεων με ταυτόχρονη παραχώρηση συνοδού εξοπλισμού, με κριτήριο επιλογής τη συμφερότερη προσφορά βάσει τιμής, συνολικής εκτιμώμενης αξίας €792.743,75 πλέον ΦΠΑ. Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρ. 1.5 της Διακήρυξης, ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των ηλεκτρονικών προσφορών ορίστηκε η 19-8-2022 και ώρα 23:59 μμ, ενώ ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των έντυπων προσφορών ορίστηκε η 24-8-2022 και ώρα 14:00 μμ. Σημειωτέον πως με την υπ' αριθ. Α642/2022 απόφαση προσωρινών μέτρων της ΕΑΔΗΣΥ ανεστάλη η διαγωνιστική διαδικασία μέχρι την έκδοση απόφασης της Αρχής επί της προδικαστικής προσφυγής.

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 19-7-2022 και έλαβε μοναδικό ΑΔΑΜ ..., καθώς και στο ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε συστημικό αριθμό

4. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 16.08.2022 –κατά παρέκταση δεδομένου ότι η τελευταία ημέρα της δεκαήμερης προθεσμίας ήταν η 13.08.2022 ημέρα Σάββατο και άρα εξαιρετέα, και η προθεσμία μετατέθηκε για την εργάσιμη ημέρα της 16.08.2022, δεδομένου ότι η 15.08.2022, ημέρα Δευτέρα, ήταν αργία και άρα εξαιρετέα-, λαμβανομένου υπόψη του γεγονότος ότι η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 19.07.2022, οπότε η κατά τεκμήριο γνώση αυτής έλαβε χώρα κατ' άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ' Ν. 4412/2016, μετά την πάροδο 15 ημερών από την άνω ανάρτηση (ήτοι στις 03.08.2022) και η προσφυγή ασκήθηκε εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την επομένη της κατά τεκμήριο γνώσης της Διακήρυξης και των όρων της, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και είναι νομίμως υπογεγραμμένη και γ) κοινοποιήθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου σύμφωνα με τις διατάξεις του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016 και του ΠΔ 39/2017.

5. Επειδή, όσον αφορά τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, η προσφεύγουσα πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτήν τους κανόνες που αφορούν τις 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 (λυσίτελή) συμμετοχή της στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣΤΕ 86/2018, 12-15/2018 Ολομ., 146-148/2016 Ολομ., ΕΑ 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756). Σε κάθε περίπτωση, βάσει της λεκτικής διατύπωσης του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016, το έννομο συμφέρον δύναται να θεμελιωθεί και επί τη βάσει της ενδεχόμενης βλάβης, εφόσον, παρέχεται επαρκής τεκμηρίωση των λόγων που αποδεικνύουν με ενάργεια τον επικείμενο κίνδυνο, χωρίς να απαιτείται για την υποβολή προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, να συνιστά ο προσφεύγων συμμετέχοντα στο διαγωνισμό (βλ. απόφαση ΔΕΕ της 11ης-1-2005, C-26/03, StadtHalle, σκέψη 40).

6. Επειδή, η προσφεύγουσα, θεμελιώνει κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής ως ενδεχόμενα βλαπτόμενη, δεδομένου ότι στρέφεται κατά όρων της διακήρυξης οι οποίοι, κατά τους ισχυρισμούς της, προσκρούουν στο εθνικό και το ενωσιακό δίκαιο και καθιστούν αδύνατη ή δυσχεραίνουν ουσιωδώς τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό στον οποίο επιθυμεί να συμμετάσχει. Ειδικότερα, δηλώνει ότι, αν και η επιχειρηματική της δραστηριότητα ταυτίζεται με το αντικείμενο της σύμβασης, ωστόσο, οι πλησσομένοι με την προσφυγή της όροι της Διακήρυξης καθιστούν αδύνατη και σε κάθε περίπτωση ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή της στην προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία. Για τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος και της βλάβης της για την προσβολή όρων της Διακήρυξης αρκεί καταρχήν η επίκληση ότι ενδιαφέρεται να συμμετέχει στον διαγωνισμό, με βάση το γεγονός ότι δραστηριοποιείται επαγγελματικά στο αντικείμενο της δημοπρατούμενης σύμβασης (βλ. και ΑΕΠΠ 7ΜΕΛΟΥΣ 3/2018, σκ. 10). Δεν απαιτείται αντίθετα η επίκληση, πολλώ δε μάλλον η απόδειξη, πλήρωσης αναλυτικά όλων των κριτηρίων και προϋποθέσεων της διακήρυξης, απαίτηση η οποία συνδέεται με επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας και η απόδειξη της οποίας κατά το στάδιο

Αριθμός Απόφασης: 1473 /2022

προσβολής των όρων της διακήρυξης θα συνεπαγόταν ανυπέρβλητα εμπόδια στην επιδιωκόμενη προδικαστική προστασία. Ακολούθως, κατά την εξέταση ενός εκάστου των προβαλλομένων λόγων προσφυγής εξετάζεται ειδικά το έννομο συμφέρον για έκαστο εξ αυτών.

7. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (προμήθειες), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ , καθώς επίσης και της νομικής φύσης και της δραστηριότητας της αναθέτουσας αρχής υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016 και δη του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, η δε Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

8. Επειδή με την υπ' αριθ. 1626/2022 Πράξη Προέδρου 3ου Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής ως και επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή προέβη την 17.08.2022 στην προβλεπόμενη, από το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017, κοινοποίηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής στους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς, μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

10. Επειδή, εν γένει παραδεκτός και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η παρεμβαίνουσα, καθόσον η υπό εξέταση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή σε όλους τους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 17.08.2022, οπότε και από τη επομένη εκκινεί η προβλεπόμενη δεκαήμερη προθεσμία και η εν λόγω παρέμβαση κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 29.08.2022 κατά παρέκταση δεδομένου πως η τελευταία ημέρα της δεκαήμερης προθεσμίας ήταν η 27.08.2022, ημέρα Σάββατο και άρα εξαιρετέα.

11. Επειδή η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε τις απόψεις της επί της προδικαστικής προσφυγής στις 30/8/2022 με το με αριθμ. πρωτ. 13588/26.08.2022 έγγραφο, αιτούμενη παράλληλα την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής, και τις κοινοποίησε στους οικονομικούς φορείς διά της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού στις 30/8/2022. Επί των άνω απόψεων

Αριθμός Απόφασης: 1473 /2022

της Αναθέτουσας Αρχής η παρεμβαίνουσα υπέβαλε εμπροθέσμως στις 05.09.2022-κατά παρέκταση δεδομένου ότι η τελευταία ημέρα της πενθήμερης προθεσμίας ήταν η 04.09.2022, ημέρα Κυριακή και άρα εξαιρετέα- σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 εδ. τελευταίο Ν. 4412/2016, το με ίδια ημερομηνία συμπληρωματικό της Υπόμνημα.

12. Επειδή, οι αναθέτουσες αρχές διαθέτουν ευρεία διακριτική ευχέρεια κατά τον καθορισμό των κριτηρίων ανάθεσης και απαιτούμενων επιπέδων οικονομικής-χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής-επαγγελματικής ικανότητας, ώστε να διασφαλίζεται η άρτια εκτέλεση της σύμβασης και δι' αυτής η επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού δημοσίου συμφέροντος, τηρώντας παράλληλα τις αρχές της ισότητας και της αναλογικότητας. Ειδικότερα, σύμφωνα με την κατ' άρθρο 18 Ν. 4412/2016 εφαρμοστέα στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων αρχή της αναλογικότητας, οι οριζόμενες από τη Διακήρυξη ελάχιστες απαιτήσεις συμμετοχής, οι οποίες, από την φύση τους, μειώνουν τον αριθμό των δυνάμενων να υποβάλουν προσφορά, πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίες και πρόσφορες για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. Επιπροσθέτως, οι εν λόγω απαιτήσεις πρέπει να είναι συναφείς με το αντικείμενο της σύμβασης και να μην περιορίζουν την ελευθερία του ανταγωνισμού υπέρμετρα ή τεχνητά, με σκοπό την αδικαιολόγητα ευμενή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων (βλ. ΕΑΣΤΕ 117/2021, 335/2019, 203/2018, πρβλ. ΔΕΕ, Απόφαση της 22.10.2015, Υπόθεση C-425/14, Impresa Edilux Srl, σκέψη 29, ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική Α.Ε, σκέψη 49, ΔΕΕ, Απόφαση της 23.12.2009, Υπόθεση C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, σκέψη 33, ΔΕΕ, Απόφαση της 19.05.2009, Υπόθεση C-538/07, Assitur, σκέψεις 21 και 23, ΔΕΕ, Απόφαση της 14.12.2004, Υπόθεση C-210/03, Swedish Match, σκέψη 47, ΔΕΕ Απόφαση της 11.07.2002, Υπόθεση C-210/00, Käserei Champignon Hofmeister, σκέψη 59 κλπ). Και ναι μεν όπως έχει κριθεί, η Διακήρυξη, ως κανονιστική πράξη, δεν απαιτείται να φέρει αιτιολογία (ΣΤΕ 434/2021, 1463/2015), αλλά η κατ' ενάσκηση διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής επιλογή των κατά τα άνω ελάχιστων απαιτήσεων συμμετοχής είναι αιτιολογητέα, προκειμένου να καθίσταται εφικτός ο έλεγχος της νόμιμης άσκησης της διακριτικής ευχέρειας και της τήρησης των άκρων ορίων αυτής (πρβλ ΟΛΣΤΕ 721/1969), εν προκειμένω δε

Αριθμός Απόφασης: 1473 /2022

και της τήρησης της αρχής της αναλογικότητας από την αναθέτουσα αρχή. Στην περίπτωση δε αμφισβήτησης των κανονιστικών όρων Διακήρυξης ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ, ενόψει του ότι η κανονιστικού χαρακτήρα Διακήρυξη δεν φέρει υποχρεωτικά αιτιολογία, η επιλογή των πληττόμενων απαιτήσεων μπορεί να παρατίθεται με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής (πρβλ. ΔΕφΠειρ 44/2018).

13. Επειδή στο άρθρο 54 του ν. 4412/2016, ως ισχύει, ορίζεται:

«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. 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. Οι τεχνικές προδιαγραφές μπορούν επίσης να καθορίζουν αν απαιτείται μεταβίβαση δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας. Για όλες τις συμβάσεις που προορίζονται για χρήση από φυσικά πρόσωπα είτε πρόκειται για το ευρύ κοινό είτε για το προσωπικό της αναθέτουσας αρχής, οι τεχνικές προδιαγραφές, καταρτίζονται με τρόπο ώστε να λαμβάνουν υπόψη κριτήρια προσβασιμότητας για άτομα με αναπηρίες ή τον σχεδιασμό για όλους τους χρήστες. Αν έχουν υιοθετηθεί υποχρεωτικές απαιτήσεις προσβασιμότητας δυνάμει νομοθετικής πράξης της Ένωσης, οι τεχνικές προδιαγραφές, όσον αφορά στα κριτήρια προσβασιμότητας για άτομα με αναπηρίες ή τον σχεδιασμό για όλους τους χρήστες, καθορίζονται με παραπομπή στις εν λόγω απαιτήσεις.

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

Αριθμός Απόφασης: 1473 /2022

παράμετροι είναι επαρκώς προσδιορισμένες ώστε να επιτρέπουν στους προσφέ-ροντες 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 πρότυπων, 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 σύμφωνα με όσα ορίζονται στην περ. α`, με παραπομπή, ως τεκμήριο συμβατότητας προς τις εν λόγω επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περ. β`, δ) με παραπομπή στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περ. β` για ορισμένα χαρακτηριστικά και με παραπομπή στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις που αναφέρονται στην περ. 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».

5. Όταν η αναθέτουσα αρχή χρησιμοποιεί τη δυνατότητα παραπομπής στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περ. β` της παρ. 3, δεν απορρίπτει προσφορά με την αιτιολογία ότι τα προσφερόμενα έργα, αγαθά ή οι

Αριθμός Απόφασης: 1473 /2022

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 περ. α' της παρ. 3 για τη διατύπωση των τεχνικών προδιαγραφών με αναφορά στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις, δεν απορρίπτει προσφορά έργων, αγαθών ή υπηρεσιών 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, περί εκθέσεων δοκιμών, πιστοποίησης και άλλων αποδεικτικών μέσων, 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.

7. Οι τεχνικές προδιαγραφές καθορίζονται και εγκρίνονται πριν την έναρξη της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης κατά το άρθρο 61, περί έναρξης διαδικασίας σύναψης σύμβασης.[...].»

14. Επειδή στην πληττόμενη υπ' αριθμό 5 τεχνική προδιαγραφή του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης (σελ. 64) ορίζεται πως: «...**Τα προσφερόμενα αντιδραστήρια να είναι έτοιμα προς χρήση και του ιδίου κατασκευαστικού οίκου με τον αναλυτή.** Θα προτιμηθούν με σειρά προτεραιότητας: αντιδραστήρια CE/IVD και μόνο σε περίπτωση που η εταιρεία δεν διαθέτει το προαναφερθέν, θα γίνουν αποδεκτά αντιδραστήρια GMP ή ASR και τελευταία αντιδραστήρια για ερευνητική χρήση στο σύνολο των προσφερθέντων...»

15. Επειδή περαιτέρω, κατά τη διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων επιλογής των υποψηφίων πρέπει να τηρούνται οι βασικές αρχές που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων. Ο καθορισμός των ικανοτήτων αυτών αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή, εάν ο εκάστοτε συμμετέχων στη διαγωνιστική διαδικασία, οικονομικός φορέας, διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις συμμετοχής αυτών. Υπό αυτήν την έννοια, η έκταση των πληροφοριών που αναφέρονται στις πιο πάνω διατάξεις, καθώς και το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για τη συγκεκριμένη σύμβαση, πρέπει να τελούν σε σύνδεση και αναλογία προς το αντικείμενο της. Εν προκειμένω, **για να διαπιστωθεί εάν τα κριτήρια περί τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, είναι ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης**, θα πρέπει να γίνεται κατά περίπτωση αξιολόγηση **με γνώμονα την έκταση, τις απαιτήσεις της προς ανάθεση σύμβασης, καθώς και τον προϋπολογισμό της** (πρβλ. κατευθυντήρια Οδηγία 13- απόφαση 303/2015 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων), χωρίς να περιορίζεται αδικαιολόγητα ο ανταγωνισμός και ειδικά η πρόσβαση των Μικρομεσαίων Επιχειρήσεων στις Δημόσιες Συμβάσεις. Εξάλλου, όπως περιγράφεται και στον «Ευρωπαϊκό Κώδικα βέλτιστων πρακτικών που διευκολύνει την πρόσβαση των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις» και ειδικότερα στο πεδίο 4.1 αυτού με τίτλο «Διατήρηση της αναλογικότητας των κριτηρίων επιλογής» διευκρινίζεται ότι «...Όλα τα κριτήρια επιλογής πρέπει να είναι σαφή και αναλογικά προς τη συγκεκριμένη σύμβαση και να μην εισάγουν διακρίσεις. Στην περίπτωση των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, η αναθέτουσα αρχή πρέπει να προτιμά κριτήρια επιλογής που της επιτρέπουν να καθορίσει μάλλον κατά πόσον ένας προσφέρων έχει την απαιτούμενη ικανότητα για τη συγκεκριμένη σύμβαση παρά τις γενικές ικανότητες των προσφερόντων. Ωστόσο, πρέπει να ληφθεί μέριμνα ώστε κάτι τέτοιο να μην περιορίζει αδικαιολόγητα το πεδίο των επιλέξιμων υποψηφίων. Επιπλέον, τα κριτήρια επιλογής δεν πρέπει να είναι διατυπωμένα κατά τρόπο που να περιορίζουν το πεδίο του ανταγωνισμού λαμβάνοντας υπόψη θέματα ήσσονος σημασίας. Για παράδειγμα, η απαίτηση ότι θα ληφθεί υπόψη μόνον η πείρα

Αριθμός Απόφασης: 1473 /2022

που έχει αποκτηθεί σε συναλλαγές με τον δημόσιο τομέα είναι, αφεαυτής, άνευ σημασίας και περιορίζει τον ανταγωνισμό.....».

16. Επειδή, η προσφεύγουσα με το πρώτο σκέλος του λόγου της προσφυγής της βάλλει κατά της επίμαχης υπ' αριθμό 5 τεχνικής προδιαγραφής επικαλούμενη πως η απαίτηση της αναθέτουσας αρχής για προσφορά αντιδραστηρίων αποκλειστικά του ίδιου κατασκευαστικού οίκου με τον αναλυτή δεν εντάσσεται, άνευ άλλου τίνος, στη διακριτική της ευχέρεια, διότι περιορίζει υπέρμετρα και αθέμιτα τον ανταγωνισμό, κατά τα εκτιθέμενα στην προσφυγή της.

17. Επειδή, αναφορικά με το πρώτο σκέλος του λόγου της προσφυγής λεκτέα είναι τα εξής: Κατά πάγια νομολογία, η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση της σύμβασης καθορίζοντας τους όρους με βάση τις ανάγκες της η δε θέσπιση, με την διακήρυξη, των όρων που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορους ή αναγκαίους 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, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους εν γένει απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό. Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, 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, 354/2014, 257/2010 κ.ά.). Περαιτέρω λόγοι με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό την μορφή της κατά της κατά τρόπο γενικό αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του δυνατότητες, και να καθορίσει, με βάση δικές του εκτιμήσεις, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 307/2007). Επιπλέον στο σώμα της προσβαλλόμενης Διακήρυξης, και δη στη σελίδα 53 αυτής, περιέχονται τα εξής: **«Η απαίτηση τα αντιδραστήρια να είναι του ίδιου κατασκευαστικού οίκου με τον αναλυτή έχει ως στόχο να αποτρέψει οποιαδήποτε ασυμβατότητα μπορεί να προκύψει από συνδυασμούς αντιδραστηρίων διαφορετικών**

*οίκων, οδηγώντας σε δυσλειτουργία των επιθυμητών panels. Ως γνωστό, αναλυτές μιας εταιρείας που συνοδεύονται και από αντισώματα της ίδιας εταιρείας βελτιστοποιούν το αποτέλεσμα δεδομένου ότι η ανάπτυξη των συγκεκριμένων αντισωμάτων και χρωστικών βασίστηκε στο οπτικό σύστημα των αναλυτών της κατασκευάστριας εταιρείας. Επιπλέον, η αναφορά ότι οι συγκεκριμένοι αναλυτές μπορούν να αναλύουν έως και 38 δείκτες ταυτόχρονα είναι μεν αληθής, αλλά αφενός αφορά στους αναλυτές για ερευνητική χρήση και αφετέρου η δυνατότητα αυτή δεν βρίσκει εφαρμογή σε κλινικά panels. Το εργαστήριο κατέχει πολυετή εμπειρία στο χώρο της κυτταρομετρίας και στο παρελθόν η χρήση αντιδραστηρίων από διαφορετικούς κατασκευαστικούς οίκους δεν είχε την επιθυμητή απόδοση των χρησιμοποιούμενων πρωτοκόλλων, με αποτέλεσμα να δυσχεραίνει την ανάλυση και διάγνωση των δειγμάτων. **Προς αποφυγή λοιπόν των παραπάνω, η πρόταση για τροποποίηση της προδιαγραφής δεν γίνεται δεκτή**». Περαιτέρω, αφενός από τα τεχνικά προαπαιτούμενα, που εκθέτει η παρεμβαίνουσα στην παρέμβασή της (ήτοι α) Πως η κυτταρομετρία ροής είναι μια σύγχρονη, αυτοματοποιημένη και πολύπλοκη μέθοδος τυποποίησης κυττάρων και σωματιδίων, η οποία διενεργείται με βάση τη σκέδαση και το φθορισμό και επιτρέπει την ταυτοποίηση μεγάλου αριθμού κυττάρων σε σύντομο χρονικό διάστημα, β) Πως με την τεχνολογία αυτή επιτυγχάνεται, με τη χρήση μονοκλωνικών αντισωμάτων (αντιδραστηρίων) συνδεδεμένων με διαφορετικές φθορίζουσες χρωστικές ουσίες, η αναγνώριση των κυττάρων σε εναιώρημα, τα οποία αναλύονται με ειδικό λογισμικό με τη βοήθεια οπτικού συστήματος που αποτελείται από φωτεινές πηγές (lasers), σειρά οπτικών φίλτρων (Bandpass filters) και ανιχνευτές φθορισμού (PMTs). Οι φθορίζουσες χρωστικές διέπονται από φασματικές ιδιότητες (φάσμα απορρόφησης και εκπομπής), οι οποίες διεγείρονται από την πηγή laser και εκπέμπει ακτινοβολία συγκεκριμένου μήκους κύματος (φθορισμός), ο οποίος μέσω των οπτικών φίλτρων κατευθύνεται στους ανιχνευτές, γ) Κατ' αυτό τον τρόπο μπορεί να ανιχνεύονται ταυτόχρονα σε κάθε μεμονωμένο κύτταρο του ίδιου κυτταρικού πληθυσμού άνω των οκτώ διαφορετικά επιφανειακά ή ενδοκυτταρικά μόρια (πολυπαραμετρική/ πολυχρωματική κυτταρομετρία ροής), όπως σαφώς προκύπτει και από την διακήρυξη με την οποία ζητείται η προσφορά αντιδραστηρίων για «οκταχρωμία» ή /και «δεκαχρωμία») και τα*

Αριθμός Απόφασης: 1473 /2022

οποία τεκμηριώνει με παραπομπές στη βιβλιογραφία, προκύπτει ότι η κατασκευή αντιδραστηρίων (αντισωμάτων) από τον ίδιο τον κατασκευαστή του αναλυτή παρουσιάζει το πλεονέκτημα ότι ο σχεδιασμός και η εφαρμογή τους έχει πραγματοποιηθεί αποκλειστικά με βάση το συγκεκριμένο οπτικό σύστημα του αναλυτή του, το οποίο αποτελεί το πλέον καθοριστικό για την ανάλυση του δείγματος στοιχείο του μηχανήματος καθώς και τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά των φθοριζουσών χρωστικών που χρησιμοποιεί. Αντίθετα η κατασκευή των αντιδραστηρίων που παράγονται από ανεξάρτητους κατασκευαστές προκειμένου να χρησιμοποιηθούν σε όλους γενικά τους αναλυτές της κυτταρομετρίας, εκ των πραγμάτων δεν βασίζεται στις ιδιαιτερότητες του οπτικού συστήματος συγκεκριμένου αναλυτή με συνέπεια, ανεξάρτητα από το εάν είναι συμβατά με όλους τους κυτταρομετρητές, να απαιτείται από τον εκάστοτε χρήστη τους για την επίτευξη του ορθού διαγνωστικού αποτελέσματος ενόψει και του ότι, για την διενέργεια της κάθε εξέτασης δεν απαιτείται η χρήση ενός μόνο αντιδραστηρίου, αλλά συνδυασμός οκτώ και πλέον αντιδραστηρίων (panels), αναπροσαρμογή είτε των ρυθμίσεων του αναλυτή είτε του αντιδραστηρίου. Επιπλέον, οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας πως η επίμαχη προδιαγραφή έχει κριθεί τεχνικά πρόσφορη και νόμιμη και στο παρελθόν με απόφαση ΑΕΠΠ, ήδη ΕΑΔΗΣΥ, πρέπει να γίνουν δεκτοί ως βάσιμοι (βλ. ΑΕΠΠ 721/2018, 1200-1201. Έτι περαιτέρω η αναθέτουσα αρχή ήδη στο «σώμα» της Διακήρυξης, ως προαναφέρθηκε, αιτιολόγησε ειδικώς, επαρκώς και σαφώς τόσο τις ανάγκες που καλείται να καλύψει η εν λόγω απαίτηση όσο και τη σκοπιμότητα της επιλογής της οικείας προδιαγραφής, γενομένων δεκτών των ισχυρισμών της αναθέτουσας και της παρεμβαίνουσας και απορριπτομένων των οικείων ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Κατ' ακολουθία το πρώτο σκέλος του λόγου της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέο.

18. Επειδή η προσφεύγουσα με το δεύτερο σκέλος του λόγου της προσφυγής της επικαλείται πως η επίμαχη τεχνική προδιαγραφή είναι φωτογραφική και επιτρέπει, κατ' ουσίαν, τη συμμετοχή στην ένδικη διαγωνιστική διαδικασία, μίας μόνο εταιρίας, της ... ΑΕ και νυν παρεμβαίνουσας, η οποία διανέμει στην ελληνική επικράτεια τους κυτταρομετρητές ροής του κατασκευαστικού οίκου

19. Επειδή αναφορικά με το δεύτερο σκέλος του λόγου της προσφυγής λεκτέα είναι τα εξής: Κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από την νομολογία, ο γενικός και αόριστος ισχυρισμός της αιτούσας ότι οι πλησσόμενοι όροι των προς προμήθεια ειδών αποτελούν φωτογραφική περιγραφή των προϊόντων τα οποία κατασκευάζει ή προμηθεύει μόνο μία συγκεκριμένη κατονομαζόμενη εταιρεία απορρίπτονται ως προεχόντως απαράδεκτοι επειδή είναι αόριστοι, αναπόδεικτοι και ανυποστήρικτοι, καθόσον δεν γίνεται προσκόμιση και επίκληση στοιχείων προς απόδειξη της πραγματικής βάσης του ισχυρισμού τούτου, και ίδια αποδεικτικά στοιχεία από τα οποία να προκύπτει ότι το αναφερόμενο ως φωτογραφιζόμενο προϊόν και μόνον αυτό διαθέτει τις πλησσόμενες προδιαγραφές (ad hoc ΣΤΕ ΕΑ 836, 429, 1025, 1140/2010, 474/2009, 1317/2007). Περαιτέρω, ως προελέχθη, λόγοι με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό την μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, με βάση δικές του εκτιμήσεις, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι. Επίσης, ως έχει παγίως κριθεί, απαραδέκτως προβάλλονται ισχυρισμοί ως προς την σκοπιμότητα της θέσπισης συγκεκριμένης προδιαγραφής (βλ. Ε.Α. 354/2014, 1140/2010 Ε.Α. 3719/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 977/2006 κ.ά.). Περαιτέρω, όπως έχει κριθεί από τη νομολογία, το γεγονός της ταύτισης των πληττόμενων προδιαγραφών με ορισμένα προϊόντα δεν αρκεί για να θεωρηθεί ότι οι προβλέψεις αυτές είναι φωτογραφικές (ΣΤΕ 3719/2011, πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 1140, 1024-1025/2010, 836/2010, 201/2007), ούτε από μόνη την αναφορά σε τεχνική προδιαγραφή διακήρυξης ένδειξης που υπάρχει σε διαφημιστικό φυλλάδιο εταιρίας αρκεί, ώστε να συναχθεί ότι η διακήρυξη φωτογραφίζει προϊόντα της εταιρίας αυτής (πρβλ. ΕΑ 429/2010). Επομένως, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί «φωτογραφικών» προδιαγραφών υπέρ της παρεμβαίνουσας δεν αποδεικνύεται κατά τρόπο αρκούντως εξειδικευμένο και επαρκή και για το λόγο αυτό πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος. (πρβλ 227/2017, 721/2018 ΑΕΠΠ). Τέλος, όπως έχει κριθεί από τη νομολογία, η θέσπιση στη διακήρυξη προδιαγραφών αναγκαίων κατά την εκτίμηση της υπηρεσίας, τις οποίες είναι ενδεχόμενο να μη πληρούν τα προϊόντα ορισμένων προμηθευτών, δεν παραβιάζει, αυτή και μόνη, τους

Αριθμός Απόφασης: 1473 /2022

κανόνες του ανταγωνισμού, αφού από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων (ΣΤΕ Αριθμός απόφασης: 721/2018 36 3719/2011, Ε.Α. ΣΤΕ 214, 676/2011,1140/2010,1354, 670/2009,438/2008, 977/2006 κ.ά.). Επομένως, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η ίδια προσφέρει τον κυταρρομετρητή ροής του εν λόγω κατασκευαστικού οίκου με την εμπορική ονομασία «... ...TM (...)-... ..», ο οποίος δύναται να λειτουργήσει με αντιδραστήρια άλλων κατασκευαστικών οίκων είναι απορριπτέος κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα. Κατ' ακολουθία το δεύτερο σκέλος του λόγου της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέο.

20. Επειδή κατόπιν των ανωτέρω η υπό κρίση προσφυγή πρέπει να απορριφθεί. Αντιθέτως, πρέπει να γίνει δεκτή η παρέμβαση.

21. Επειδή σε συνέχεια της ανωτέρω σκέψης πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα κατ' άρθρο 363 του Ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου της προσφεύγουσας.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 23 Σεπτεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 12 Σεπτεμβρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΖΑΡΛΑΣ