

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 24 Απριλίου 2018 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή – Εισηγήτρια και
Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 5-4-2018 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) -
Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 324/5-4-2018
προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία
«.....», νομίμως εκπροσωπούμενου

Κατά της αναθέτουσας αρχής «.....».

Με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει την
ακύρωση κατά το προσβαλλόμενο μέρος της με αρ..... διακήρυξης
της σύμβασης με αντικείμενο

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής
κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 απαιτούμενο
παραβόλο (σχ. το με στοιχεία ειδικό έντυπο παραβόλου), ποσού
1.891,13 €, όπως και αποδεικτικό περί πληρωμής του δια του από 2-4-2018
εμβάσματος του προσφεύγοντος μέσω της τράπεζας, εμπρόθεσμα
και παραδεκτά ασκείται κατά τα λοιπά.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τη με αρ. διακήρυξη
προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διεθνή διαγωνισμό, για την ανάδειξη
αναδόχου για την προμήθεια αντιδραστηρίων βιοχημικού εργαστηρίου με
συνοδό εξοπλισμό, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από
οικονομική άποψη προσφορά βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας τιμής,
συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 644.902,76 €, συμπ/νου του

Αριθμός απόφασης: 371/2018

αναλογούντος ΦΠΑ, διάρκειας ενός (1) έτους, με CPV, και καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 25-4-2018. Η σύμβαση υποδιαιρείται σε πέντε (5) Τμήματα, ήτοι: **α)** Τμήμα 1, Αρ.Συστήματος ΕΣΗΔΗΣ, προϋπολογισθείσας αξίας 469.000€, συμπ/νου ΦΠΑ, **β)** Τμήμα 2, Αρ.Συστήματος ΕΣΗΔΗΣ, προϋπολογισθείσας αξίας 90.000€, συμπ/νου ΦΠΑ, **γ)** Τμήμα 3, Αρ.Συστήματος ΕΣΗΔΗΣ, προϋπολογισθείσας αξίας 10.000€, συμπ/νου ΦΠΑ, **δ)** Τμήμα 4, Αρ.Συστήματος ΕΣΗΔΗΣ, προϋπολογισθείσας αξίας 902,76€, συμπ/νου ΦΠΑ και **ε)** Τμήμα 5, Αρ.Συστήματος ΕΣΗΔΗΣ, προϋπολογισθείσας αξίας 75.000€, συμπ/νου ΦΠΑ. Κατά τη διακήρυξη, προσφορές υποβάλλονται για ένα ή για περισσότερα ή για όλα τα τμήματα του διαγωνισμού, υποχρεωτικά για όλες τις εξετάσεις/είδη από τα οποία αποτελείται κάθε τμήμα και για το σύνολο της προκηρυχθείσας ποσότητας αυτών. Η διακήρυξη απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 8-3-2018, δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 15-3-2018 με Μοναδικό ΑΔΑΜ και στο ΕΣΗΔΗΣ την ίδια ημέρα με α/α

3. Επειδή, ο προσφεύγων οικονομικός φορέας, καταρχήν και υπό την αίρεση εξέτασης των προβαλλόμενων λόγων της υπό εξέταση προσφυγής, παρίσταται ως έχων άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής, αφού με την ιδιότητά του ως εταιρία δραστηριοποιούμενη στην εμπορία αντιδραστηρίων βιοχημικού εργαστηρίου συνιστά προδήλως ενδιαφερόμενο προς ανάθεση σε αυτόν του Τμήματος 1 της συγκεκριμένης σύμβασης, ο οποίος, όμως, κατά τους ισχυρισμούς του, δυσχεραίνεται να υποβάλλει συμμετοχή και κινδυνεύει να απορριφθεί η υποβληθησόμενη προσφορά του εξαιτίας των προσβαλλόμενων όρων της διακήρυξης.

4. Επειδή, αναλυτικότερα με την ως άνω προσφυγή ο προσφεύγων επικαλείται όσον αφορά στο προκηρυχθέν Τμήμα 1 του διαγωνισμού, που αφορά στο Σύστημα Ανοσολογικών-Βιοχημικών Εξετάσεων ότι : **α)** περιέχεται όρος σύμφωνα με τον οποίο «.....Το προαναλυτικό σύστημα θα πρέπει να είναι αμεταχείριστο και φυσικώς συνδεδεμένο με δυο (2) όμοιους βιοχημικούς και δυο (2) όμοιους ανοσολογικούς προσφερόμενους

Αριθμός απόφασης: 371/2018

αναλυτές, ανεξάρτητους μεταξύ τους (χωρίς σύνθεση αναλυτών), χωρίς διαμεσολάβηση άλλου συστήματος.....», ο οποίος όμως αφενός προκαλεί σύγχυση και ασάφεια αναφορικά με την έλλειψη της διαμεσολάβησης άλλου συστήματος είτε υπό την έννοια ότι αναφέρεται στη σύνδεση του προ-αναλυτικού συστήματος με τους αναλυτές είτε, εάν θεωρηθεί ο όρος σαφής, είναι μη αναγκαίος, δεδομένου ότι από τη διακήρυξη βαθμολογείται η απόδοση και ταχύτητα με 100-120 βαθμούς και άρα επαρκώς το διασφαλίζει την απόδοση και ταχύτητα και είναι και καταχρηστικός όρος, γιατί δεν καλύπτει συγκεκριμένη και προδιαγεγραμμένη ανάγκη, ενώ μπορεί να δημιουργήσει ανταγωνιστικό πλεονέκτημα σε παλαιότερης γενιάς συστήματα, αφετέρου η απαίτηση του προπεριγραφέντος όρου για αναλυτές ανεξάρτητους μεταξύ τους (χωρίς σύνθεση αναλυτών) προκαλεί εμπόδια στον ανταγωνισμό χωρίς όφελος για το, αφού το, κατά τον προσφεύγοντα, δεν έχει κανένα λόγο να επέμβει στη συνδεσμολογία των αναλυτών, αλλά μόνον ο προσφέρων μπορεί να επιλέξει την καλύτερη μέθοδο σύνδεσης, ώστε να υπάρχει παραγωγικότητα και οικονομία και **β**) στην προσβαλλόμενη διακήρυξη δεν έχει επισυναφθεί σχέδιο της σύμβασης που θα υπογραφεί, ούτε είναι διαθέσιμο σχέδιο με άλλον τρόπο.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αρ.πρωτ.Β/9219/16-4-2018 έγγραφο απόψεων της προβάλλει ότι όλοι οι τεχνικοί όροι της διακήρυξης προήλθαν από τη διαδικασία διαβουλεύσεων που έλαβαν χώρα τον Σεπτέμβριο και Οκτώβριο 2017, κατά την οποία ο προσφεύγων οικονομικός φορέας δεν είχε καταθέσει παρατήρηση για τις τεχνικές απαιτήσεις. Μάλιστα στο πλαίσιο διαβουλεύσεων ενόψει της επικείμενης διακήρυξης, η οποία δεν ολοκληρώθηκε, ο προσφεύγων με το υπ' αρ. πρωτ. 520/16-3-2017 έγγραφο-παρατηρήσεις του, το οποίο προσκόμισε η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της, επεσήμανε σχετικά με την προδιαγραφή που αναφέρεται στον αριθμό και τον τρόπο διασύνδεσης των αναλυτικών συσκευών ότι θα πρέπει να έχει επιλέξει ως ακολούθως: *«...το προ-αναλυτικό σύστημα θα πρέπει να είναι αμεταχείριστο και φυσικώς συνδεδεμένο με δυο (2) όμοιους βιοχημικούς και δυο (2) όμοιους ανοσολογικούς προσφερόμενους αναλυτές, ανεξάρτητους μεταξύ τους (χωρίς σύνθεση*

Αριθμός απόφασης: 371/2018

αναλυτών), χωρίς διαμεσολάβηση άλλου συστήματος...». Την εν λόγω πρόταση η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι, καίτοι την υιοθέτησε πλήρως και την συμπεριέλαβε αυτούσια στις τεχνικές προδιαγραφές του εν προκειμένω διαγωνισμού, εντούτοις ο προσφεύγων βάλλει κατ' αυτής με την εξεταζόμενη προσφυγή του, επικαλούμενος ότι καθίσταται δυσχερής η συμμετοχή του. Επίσης η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει με τις κατατεθείσες απόψεις της ότι οι προδιαγραφές που ζητούνται για το προαναλυτικό σύστημα θα πρέπει να καλύπτονται εξ ολοκλήρου από το προσφερόμενο σύστημα και όχι από τη μονάδα που μεσολαβεί για τη διασύνδεση των αναλυτών με το προαναλυτικό. Η αναθέτουσα αρχή επίσης ισχυρίζεται ότι αναφορικά με την προδιαγραφή i του προ-αναλυτικού συστήματος, η απαίτηση είναι σαφέστατη και δεν προκαλεί καμία σύγχυση και ασάφεια διότι αυτό που τίθεται ως όρος είναι οι αναλυτές να συνδέονται φυσικώς με το προ-αναλυτικό σύστημα χωρίς να χρειάζεται να μεσολαβεί άλλο σύστημα για τη σύνδεση, που μπορεί να έχει ως αποτέλεσμα να χρονοτριβεί η διακίνηση των δειγμάτων από το προ-αναλυτικό σύστημα προς τους συνδεδεμένους αναλυτές και ο όρος αυτός ως έχει τεθεί καλύπτει συγκεκριμένη ανάγκη και εύλογη απαίτηση του εργαστηρίου, προσθέτοντας ότι η εταιρεία διαθέτει βιοχημικούς και ανοσολογικούς αναλυτές που μπορούν να συνδεθούν άμεσα με το προαναλυτικό σύστημα και άρα υπερκαλύπτουν τη συγκεκριμένη προδιαγραφή. Ισχυρίζεται επίσης η αναθέτουσα αρχή ότι έχει κάθε λόγο να επεμβαίνει στη συνδεσμολογία των αναλυτών και είναι λογικό να απαιτεί οι αναλυτές να είναι ανεξάρτητοι μεταξύ τους, έτσι ώστε σε περίπτωση βλάβης ενός εξ αυτών να είναι ανεξάρτητη η λειτουργία των υπολοίπων συστημάτων/αναλυτών. Τέλος υποστηρίζει ότι η επισύναψη σχεδίου σύμβασης είναι προαιρετική σύμφωνα με τα πρότυπα τεύχη διακηρύξεων της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

6. Επειδή, το συνεδριάζον Κλιμάκιο νομίμως και αρμοδίως κατά τις διατάξεις των αρ. 366 Ν. 4412/2016 και αρ. 15 ΠΔ 39/2017, υπεισέρχεται, βάσει της οικείας με αρ. 409/2018 Πράξης του Προέδρου του στην εξέταση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής.

7. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 18 παρ. 1 του ν. 4412/2016 : «Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της

Αριθμός απόφασης: 371/2018

αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημοσίου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης.».

8. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 παρ. 2 του ν. 4412/2016 «Τα έγγραφα της σύμβασηςπεριέχουν ιδίως :ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών....., τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας....., καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης.».

9. Επειδή, σύμφωνα με το άρθ. 54 παρ. 1, 2, 3 και 4 του ν. 4412/2016: «1. Οι τεχνικές προδιαγραφέςπαρατίθενται 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, 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".».

Αριθμός απόφασης: 371/2018

10. Επειδή στο σημ. 74 του Προοιμίου της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ ορίζεται ότι: «Οι τεχνικές προδιαγραφές που καθορίζονται από τους αγοραστές του Δημοσίου πρέπει να επιτρέπουν το άνοιγμα των δημόσιων προμηθειών στον ανταγωνισμό, καθώς και την επίτευξη των στόχων βιωσιμότητας. Για τον σκοπό αυτό, θα πρέπει να είναι δυνατή η υποβολή προσφορών που αντικατοπτρίζουν την ποικιλία των προτύπων για τεχνικές λύσεις και των τεχνικών προδιαγραφών στην αγορά. Κατά συνέπεια, οι τεχνικές προδιαγραφές θα πρέπει να καταρτίζονται κατά τρόπο ώστε να αποφεύγεται ο τεχνητός περιορισμός του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που να ευνοούν έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, αντικατοπτρίζοντας βασικά χαρακτηριστικά των αγαθών, υπηρεσιών ή Έργων που παρέχονται συνήθως από τον οικονομικό φορέα αυτό. Η κατάρτιση των τεχνικών προδιαγραφών ως προς τις λειτουργικές απαιτήσεις και τις απαιτήσεις εκτέλεσης επιτρέπει εν γένει την επίτευξη του ανωτέρω στόχου με τον καλύτερο δυνατό τρόπο...».

11. Επειδή, ειδικότερα, 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 (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 307/2007).

12. Επειδή, 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.).

13. Επειδή, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του Ν.4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι: «Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού 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 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

Αριθμός απόφασης: 371/2018

14. Επειδή σύμφωνα με το άρθ. 362 παρ. 1 ν. 4412/2016 «*Η προδικαστική προσφυγή περιέχει τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της*», ενώ σύμφωνα με το άρθ. 8 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 «*Η προδικαστική προσφυγή περιέχει όλες ανεξαιρέτα τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της (άρθρο 362 παρ. 1 εδ. γ' ν. 4412/2016)*».

15. Επειδή, κατά την έννοια του ενωσιακού δικαίου (βλ. σχετικά άρθρο 6 ΕΣΔΑ) ως ερμηνεύεται από το ΕΔΔΑ, η έννοια του «*θιγόμενου*» ταυτίζεται με το άτομο που βλάπτεται άμεσα από την αμφισβητούμενη πράξη ή παράλειψη (βλ. κα 18.12.1986, και, 26.4.1995).

16. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής του από την αναθέτουσα αρχή, το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής, ως και από τον δικαστή (βλ. ΣΤΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κ.ά.). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣΤΕ 928/2004) υπό την έννοια ότι δεν δύναται το αρμόδιο όργανο να συμπληρώσει τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος, καθόσον το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει ο τελευταίος (ΣΤΕ 4524/2009, 3900/2006) και μόνο προαποδεικτικώς (ΣΤΕ 1898/2016, 7μελής), ήτοι στην περίπτωση της προσφυγής με την κατάθεσή της.

17. Επειδή, σε κάθε περίπτωση ελέγχεται αυτεπάγγελτα η συνδρομή των ουσιαστικών κριτηρίων του εννόμου συμφέροντος με βάση το κατά πόσο από το έγγραφο της προσφυγής και τα στοιχεία του φακέλου αποδεικνύεται η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος. Δεν αρκεί, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για άσκηση της προσφυγής, αλλά απαιτείται η προσκόμιση και μάλιστα προαποδεικτικώς των απαραίτητων για την απόδειξη αυτού στοιχείων (ΣΤΕ Ολομ. 4570/96, ΔΔικ 1997/673, ΣΤΕ 3664/1998, Βλαδίμηρος Δ. Μωυσίδης, Κώδικας Διοικητικής Δικονομίας, Κατ' άρθρο ερμηνεία – νομολογία, Εκδ. Σάκκουλα, 2017).

Αριθμός απόφασης: 371/2018

18. Επειδή, το έννομο συμφέρον του οικονομικού φορέα, που προσφεύγει ενώπιον της ΑΕΠΠ, εξειδικεύεται αυθεντικά και αποκλειστικά από τον ίδιο, εξετάζεται δε από την τελευταία ως προς την νομιμότητά του, την απόδειξή του και τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά του, που επιβάλλουν την έννομη προστασία του, ότι δεν είναι ανταγωνιστικό του δημοσίου συμφέροντος και ότι δεν είναι αποδοκιμαστέο ως ιδιοτελής (πρβλ. Δημήτριος Θ. Πυργάκης, Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 17).

19. Επειδή, η προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος δεν καθιστά δυσχερή την πρόσβαση του ενδιαφερόμενου στο δικαστήριο ή εν γένει στην προσήκουσα παροχή έννομης προστασίας (άρθρο 20 παρ. 1 του Συντ.), ούτε δημιουργεί αντίθεση προς το άρθρο 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ (ΣΤΕ 2980/2013). Μόνη, δε, εξαίρεση στην άνω αναφερθείσα υποχρέωση προαπόδειξης είναι να προκύπτει σαφώς και άνευ ουδεμίας αμφιβολίας από τις ad hoc ειδικές συνθήκες ότι θίγονται τα επαγγελματικά και οικονομικά συμφέροντα του προσφεύγοντος (ΣΤΕ 2521/2004).

20. Επειδή, σε κάθε περίπτωση οι προβαλλόμενοι από τον προσφεύγοντα λόγοι προδικαστικής προσφυγής, περί παράβασης νόμου, όσο σοβαροί και εάν είναι και όσο κατάφωρη η παράβαση νόμου, δεν μπορούν να θεμελιώσουν έννομο συμφέρον για τον προσφεύγοντα, αφού άλλωστε η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της προσφυγής και όχι στο παραδεκτό αυτής.

21. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους.

22. Επειδή κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από την νομολογία, η διοίκηση είναι, καταρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την ευρεία διακριτική ευχέρεια και κρίση της τους όρους της διακηρύξεως ως προς τις τεχνικές προδιαγραφές των προς προμήθεια ειδών, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη. Η θέσπιση με τη διακήρυξη των προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες, για την καλύτερη

Αριθμός απόφασης: 371/2018

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. Επιπλέον έχει παγίως κριθεί ότι η σκοπιμότητα ή η ανάγκη θέσπισης της εκάστοτε πληττόμενης προδιαγραφής, απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό, και επίσης ότι απαραδέκτως ο τελευταίος αμφισβητεί τη σκοπιμότητα της επιλογής από την αναθέτουσα αρχή του πληττόμενου όρου και προσπαθεί να καθορίσει και να προδιαγράψει αυτός τα τεχνικά χαρακτηριστικά του προς προμήθεια είδους, με βάση της δικές του επαγγελματικές ανάγκες και δυνατότητες και με δικά του κριτήρια διαφορετικά από εκείνα που η ως άνω αρχή, κατ' εκτίμηση των αναγκών της υπηρεσίας, προσδιόρισε ως αναγκαία (ΣτΕ 3719/2011, 2/2011, 287/2010 Ε.Α. ΣτΕ 201/2017, 354/2014, 1025, 1140/2010, 676/2011, 1354, 1305, 670/2009, 438/2008, 303/2007, 977/2006, ΔΕφΑΘ 491/2011, ΔΕφΘεσ/νίκης 111/2013, ΔΕφΑΘ 226/2013, Ε.Α. ΣτΕ 133/2012, 670/2009, 438/2008, 117/2007, 1208, 1076, 977/2006, 763, 373, 356/2004). Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή οι τεχνικές προδιαγραφές από της απόψεως της τηρήσεως της τήρησης του εθνικού και 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, Ε.Α. 3719/2011, 676, 214/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 303/20).

23. Επειδή, ειδικότερα, όσον αφορά την προσφυγή κατά όρων διακήρυξης, ο προσφεύγων πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον προσβαλλόμενο όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν τις 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, Εκδ. Σάκκουλα, 2017, σελ. 756).

Αριθμός απόφασης: 371/2018

24. Επειδή, το αδύνατο της συμμετοχής ενδιαφερομένου σε διαγωνιστική διαδικασία πρέπει να οφείλεται στην προβαλλόμενη παρανομία της διοίκησης και όχι στην εκ μέρους του ακολουθούμενη εμπορική πολιτική. Επομένως, εφόσον με τις προβαλλόμενες αιτιάσεις ο προσφεύγων επιδιώκει την τροποποίηση όρων της διακήρυξης, παρότι διαθέτει τον τύπο του προϊόντος που απαιτεί η διακήρυξη, προκειμένου να του δοθεί η δυνατότητα να προσφέρει έτερο προϊόν που διαθέτει, τότε η συμμετοχή του δεν παρεμποδίζεται από όρο της διακήρυξης, αλλά είναι συνέπεια της εμπορικής του πολιτικής, η δε προσφυγή ανεξαρτήτως της βασιμότητας των προβαλλόμενων λόγων (πρβλ ΣτΕ ΕΑ 434/2008) είναι απορριπτέα ως ασκούμενη άνευ εννόμου συμφέροντος [(ΣτΕ ΕΑ 581/2008), βλ. και Φ. Αρναούτογλου, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων, Νομική Βιβλιοθήκη, 2η έκδοση, παρ. 133 σελ.96-97).

25. Επειδή, εν προκειμένω ο προσφεύγων ρητώς αναφέρει ότι αφενός διαθέτει τα ζητούμενα από την προσβαλλόμενη διακήρυξη είδη (βλ. α΄ παράγραφο σελ.5 της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής), αφετέρου ότι το δικό του προαναλυτικό σύστημα πράγματι εκτελεί τις εργασίες και προαναλυτικές εργασίες που θέτει ο πληττόμενος όρος της διακήρυξης, αλλά και όλες αυτές που κατ' ελάχιστον ορίζει στις τεχνικές προδιαγραφές η διακήρυξη (σελ. 59 & 60 της διακήρυξης) και εκ τρίτου ότι το διαθέτει προϊόν που συνδέεται με βιοχημικούς και ανοσολογικούς αναλυτές, όπως απαιτεί η διακήρυξη, επικαλούμενος το μοντέλο του τελευταίας τεχνολογίας ATELLICA, το οποίο δηλώνει ότι προτίθεται να προσφέρει (βλ. γ΄ παράγραφο σελ. 6 της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής). Εξάλλου ο προσφεύγων επικαλείται ότι το μοντέλο ATELLICA, καθώς και η μονάδα διασύνδεσης του προαναλυτικού συστήματος SAMPLE HANDLER CONNECT, που διαθέτει και θα προσφέρει, προβλέπονται και εντάσσονται στα ζητούμενα από τη διακήρυξη (σελ. 60 διακήρυξης) (βλ. σελ. τελευταία παράγραφο σελ. 6 και πρώτη παράγραφος σελίδας 7 της προσφυγής). Από τα προδιαληφθέντα ο προσφεύγων δεν αποδεικνύει ότι δεν δύναται να συμμετάσχει στο διαγωνισμό, αλλά τουναντίον σε περισσότερα σημεία της προσφυγής του συνομολογεί ότι διαθέτει και θα προσφέρει προϊόν που πληροί τις προδιαγραφές της διακήρυξης, τις οποίες άλλωστε ο ίδιος με το υπ' αρ. πρωτ. 520/16-3-2017 έγγραφο-παρατηρήσεις του, το οποίο προσκόμισε η

Αριθμός απόφασης: 371/2018

αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της, υπέδειξε προς την αναθέτουσα αρχή και εκείνη επ' ακριβώς υιοθέτησε στην κρινόμενη διακήρυξη. Ούτε προκύπτει από τους επικληθέντες από τον προσφεύγοντα ισχυρισμούς ότι θίγονται τα επαγγελματικά και οικονομικά του συμφέροντα, ούτε ότι προκαλείται εις βάρος του βλάβη κατά την έννοια του νόμου, δεν προκύπτει δηλαδή ότι ο προσφεύγων αποκλείεται ή ότι καθίσταται εξαιρετικά δυσχερής η συμμετοχή του στον επίμαχο διαγωνισμό. Συνεπώς, ο προσφεύγων δεν θεμελιώνει προσωπικό, άμεσο και ενεστώς έννομο συμφέρον και επομένως είναι अपαράδεκτη η υπό εξέταση προσφυγή του κατ' αμφοτέρους τους λόγους που προβάλλει και αφορούν στις τεθείσες με τη διακήρυξη προσβαλλόμενες τεχνικές προδιαγραφές.

26. Επειδή, επιπλέον, ισχυρισμοί του προσφεύγοντος ότι οι επίμαχες τεχνικές προδιαγραφές δεν εξυπηρετούν τις ανάγκες του αποτελεσματικά, ο συνδυασμός τους είναι ασυνήθης, υπερβολικός και αδικαιολόγητος, προβάλλονται απαραδέκτως ως αόριστοι και αναπόδεικτοι, καθόσον με αυτόν τον τρόπο προσπαθεί να καθορίσει τα τεχνικά χαρακτηριστικά του προς προμήθεια προϊόντος, με βάση της δικές του επαγγελματικές ανάγκες, επιλογές και προτιμήσεις και με δικά του εμπορικά και επιχειρηματικά κριτήρια διαφορετικά από εκείνα που η αναθέτουσα αρχή, κατ' εκτίμηση των αναγκών της, προσδιόρισε ως αναγκαία (βλ. ΔΕΦΑΘ 226/2013, 296/2013). Ειδικότερα, ο προσφεύγων δεν επικαλείται ούτε παραθέτει στην προσφυγή του συγκεκριμένα στοιχεία, όπως λ.χ. έρευνες, μελέτες, επιστημονικά ή/και τεχνικά εν γένει δεδομένα και τεκμηρίωση ή συγκριτικές μελέτες που να στηρίζουν τους ανωτέρω ισχυρισμούς του, αλλά, αρκείται σε αόριστες και μάλιστα αρνητικές αναφορές. Έχει σχετικά κριθεί νομολογιακά, ως και παραπάνω επισημάνθηκε, ότι, λόγοι, 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. Ε.Α. 1025/2010, 670/2009, 438/2008, 977/2006 κ.ά.).

27. Επειδή, περαιτέρω, οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος περί παραβίασης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της ελευθερίας του ανταγωνισμού, ώστε καθίσταται δυσχερής η συμμετοχή στον επίδικο

Αριθμός απόφασης: 371/2018

ανταγωνισμό του ιδίου με το συγκεκριμένο προϊόν που προτίθεται να προσφέρει, αλλά και άλλων εταιριών που δραστηριοποιούνται στο χώρο τυγχάνει επίσης αόριστος και απαράδεκτος, διότι, καταρχήν, η συμπερίληψη στη διακήρυξη προδιαγραφών αναγκαίων κατά την αιτιολογημένη εκτίμηση της υπηρεσίας, τις οποίες, όμως, είναι ενδεχόμενο να μην πληρούν τα προϊόντα ορισμένων προμηθευτών, μπορεί μεν να συνεπάγεται την αδυναμία συμμετοχής τους στο διαγωνισμό, δεν παραβιάζει, όμως, αυτή και μόνη, άνευ ετέρου, τους κανόνες του ανταγωνισμού, ούτε δημιουργεί συνθήκες μονοπωλίου/ολιγοπωλίου, δεδομένου ότι από την φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων (πρβ. ΕΑ 1047, 303/2007).

28. Επειδή, η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτως και αορίστως ασκηθείσα, χωρίς έννομο συμφέρον.

29. Επειδή, επικουρικώς και ως προς τον τρίτο λόγο που προβάλλει ο προσφεύγων, ότι στην προσβαλλόμενη διακήρυξη δεν έχει επισυναφθεί σχέδιο της σύμβασης που θα υπογραφεί, ούτε είναι διαθέσιμο σχέδιο με άλλον τρόπο και εξ αυτού του λόγου παραβιάζεται ο ν.4412/2016, τυγχάνει αβάσιμος. Ειδικότερα η Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.) έχει εκδώσει επικαιροποιημένο υπόδειγμα διακήρυξης ανοικτής διαδικασίας για τη σύναψη ηλεκτρονικών δημοσίων συμβάσεων προμηθειών άνω των 60.000€, μέσω ΕΣΗΔΗΣ, το οποίο όμως δεν αποτελεί πρότυπο τεύχος με δεσμευτική ισχύ, όπως και η ίδια δηλώνει ρητά. Στο εν λόγω υπόδειγμα έχει περιλάβει το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΧ – Σχέδιο Σύμβασης (προσαρμοσμένο από την αναθέτουσα αρχή) ως προαιρετικό. Κατά συνέπεια ο σχετικός ισχυρισμός του προσφεύγοντος κρίνεται απορριπτέος

30. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω η εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό της.

31. Επειδή ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Αριθμός απόφασης: 371/2018

Διατάσσει την κατάπτωση του υπ' αρ. παραβόλου,
ποσού 1.891,13 €.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 24-4-2018 και εκδόθηκε στις 14-5-2018.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΤΣΙΑΛΑΦΟΥΤΑ ΜΕΛΠΟΜΕΝΗ

32.