

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 05.09.2018 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος και Εισηγητής, Μαρία Μανδράκη και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 30.07.2018 (ημερομηνία καταχώρησης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 735/30.07.2018 της εταιρείας με την επωνυμία [...], που εδρεύει στην [...], οδός [...], αρ. [...], όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά όρων της υπ' αριθ. 65/2015 Διακήρυξης [...] για τη διενέργεια ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την ανάθεση της προμήθειας «Αντιδραστήρια και Αναλώσιμα για Βιοχημικές εξετάσεις (με παραχώρηση συνοδού εξοπλισμού) και Αντιδραστήρια και αναλώσιμα για εξετάσεις Πήξης και Γλυκοζυλιωμένης Αιμοσφαιρίνης (με παραχώρηση συνοδού εξοπλισμού) του ΠΠΥΥ 2015 για τις ανάγκες των ΠΕΔΥ της [...]».

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση άλλως ανάκλησης της ανωτέρω προσβαλλόμενης πράξης και την επαναδημοπράτηση του υπόψη διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αριθ. 65/2015 Διακήρυξη της [...] προκηρύχθηκε η διενέργεια ανοικτού, άνω των ορίων, ηλεκτρονικού

Αριθμός απόφασης: 754/2018

διαγωνισμού για την ανάθεση της προμήθειας «Αντιδραστήρια και Αναλώσιμα για Βιοχημικές εξετάσεις (με παραχώρηση συνοδού εξοπλισμού) και Αντιδραστήρια και αναλώσιμα για εξετάσεις Πήξης και Γλυκοζυλιωμένης Αιμοσφαιρίνης (με παραχώρηση συνοδού εξοπλισμού) του ΠΠΥΥ 2015 για τις ανάγκες των ΠΕΔΥ της [...]» διάρκειας ενός έτους και με κριτήριο κατακύρωσης τη συμφερότερη από οικονομικής άποψης προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας τιμής, συνολικού προϋπολογισμού 540.322,58 € και 675.403,22 αν ασκηθεί το προβλεπόμενο δικαίωμα προαίρεσης για 3 μήνες, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., η οποία καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 05.07.2018 καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 05.07.2018, όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α 60959 για τα Αντιδραστήρια και αναλώσιμα βιοχημικών εξετάσεων με παραχώρηση βιοχημικού αναλυτή μικρής παραγωγικότητας, α/α 61203 για τα αναλώσιμα βιοχημικών εξετάσεων με παραχώρηση βιοχημικού αναλυτή μεσαίας παραγωγικότητας και α/α 61902 για τα Αντιδραστήρια και αναλώσιμα για εξετάσεις πήξης. Αναλυτικά οι ζητούμενες ποσότητες και οι τεχνικές προδιαγραφές αυτών αναφέρονται στο Παράρτημα Β΄ της προσβαλλόμενης διακήρυξης, ενώ γίνονται δεκτές προσφορές είτε για το σύνολο του διαγωνισμού είτε για το σύνολο των εξετάσεων ανά κατηγορία αναλυτή (σύνολο των εξετάσεων ανά συστημικό αριθμό) και ο μειοδότης θα προκύψει από την συνολικά χαμηλότερη τιμή στο σύνολο των ζητούμενων εξετάσεων ανά κατηγορία αναλυτή.

2. Επειδή έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό227219759958 0928 0047) ποσού 2.419,36 €, το οποίο και υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογιζόμενης δαπάνης της σύμβασης και για το τμήμα της σύμβασης που ασκείται η παρούσα Προσφυγή. Ειδικότερα η υπό κρίση Προσφυγή ασκείται για τις αιτούμενες εξετάσεις της σελ. 26 και της σελ. 33 του

Αριθμός απόφασης: 754/2018

Παραρτήματος Β΄ της διακήρυξης, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 483.870,96 χωρίς ΦΠΑ (ήτοι 600.000,00 € με Φ.Π.Α.).

3. Επειδή για τον υπολογισμό του καταβλητέου ποσού παραβόλου δεν λαμβάνεται υπόψη και η δαπάνη που αντιστοιχεί σε ενδεχόμενη άσκηση του δικαιώματος προαίρεσης και παράτασης της σύμβασης για 3 επιπλέον μήνες, δοθέντος ότι το οριστικό ύψος της δαπάνης αυτής δεν μπορεί εκ των προτέρων να καθοριστεί, εφόσον είναι αβέβαιο αν και μέχρι ποιου ύψους θα ασκηθεί το δικαίωμα αυτό (Δ.Εφ.Κομ.Ν4/2018, Δ.Εφ.Κομ.Ν43/2017, ΣΤΕ ΕΑ 187/2017, 10/2017). Το επικαλούμενο από την αναθέτουσα άρθρο 6 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 προς υποστήριξη του ισχυρισμού της περί κατάθεσης ελλιπούς παραβόλου διότι σε αυτό δεν ελήφθη υπόψη και το δικαίωμα προαίρεσης και η παράταση της σύμβασης δεν τυγχάνει εφαρμογής στην υπόψη περίπτωση, καθώς ως εναργώς προκύπτει από τη *ratio legis* της υπόψη διάταξης, αυτή σκοπό έχει να κατευθύνει τις αναθέτουσες αρχές αναφορικά με τη μέθοδο υπολογισμού της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης προς εφαρμογή των διαγωνιστικών διαδικασιών των διατάξεων του Ν.4412/2016. Ετέρωθεν, η διάταξη του άρθρου 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 περί του υπολογισμού του παραβόλου κάνει λόγο για υπολογισμό του παραβόλου επί της «προϋπολογισθείσας αξίας» της σύμβασης και όχι για «εκτιμώμενη αξία» αυτής, ως το 6 παρ. 1 ορίζει, κατατείνοντας στην ερμηνεία ότι ο νομοθέτης δεν ταυτίζει τις δύο αυτές έννοιες, η δε διάταξη του άρθρου 363 παρ. 1 κατισχύει ως *lex specialis* και θα πρέπει να θεωρηθεί ότι απαιτεί την καταβολή παραβόλου επί της πραγματικής αξίας της σύμβασης που είναι δεδομένο ότι θα καταβληθεί και όχι και επί του δικαιώματος προαίρεσης και παράτασης της σύμβασης που είναι αβέβαιο αν και σε ποιο βαθμό θα ασκηθούν. Τούτων δοθέντων, ο σχετικός προβαλλόμενος ισχυρισμός της αναθέτουσας περί ελλιπούς παραβόλου θα πρέπει να απορριφθεί ως νόμω και ουσία αβάσιμος.

4 Επειδή, έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

Αριθμός απόφασης: 754/2018

5. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια), της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 483.870,96 € χωρίς Φ.Π.Α., σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του χρόνου αποστολής της Προκήρυξης για δημοσίευση στην Ε.Ε.Ε.Ε. (05.07.2018), σύμφωνα με τα άρθρα 120, 376 και 379 - όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν - του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π.

6. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, στα οποία προβλέπεται ότι «1. (σ)ε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: (α) ... (β) ... (γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ». Και τούτο διότι η προσφεύγουσα στην υπό κρίση Προσφυγή της δηλώνει (σελ. 3, πεδίο (9) περ. Δ) ότι έλαβε πραγματική γνώση του περιεχομένου της Διακήρυξης στις 20.09.2018, ήτοι εντός της 15ήμερης προθεσμίας της τεκμαιρόμενης γνώσης από τη δημοσίευση στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ (05.07.2018) και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 30.07.2018, ήτοι εντός της 10ήμερης προβλεπόμενης προθεσμίας από την γνώση της προσβαλλόμενης.

7. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά όρων της προσβαλλόμενης διακήρυξης. Ειδικότερα, με τον πρώτο λόγο της Προσφυγής της και όσον αφορά τα Κέντρα Υγείας και Μονάδες ΠΕΔΥ [...] η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προδιαγραφής 12 του Παραρτήματος Β των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης με την οποία ζητείται *«Να φέρει σύστημα αυτόματου ελέγχου πηγμάτων, ακόμα και σε περίπτωση που δεν φράσει το ρύγχος. Να περιγραφεί ο τρόπος. Ο χειριστής του οργάνου να ειδοποιείται*

Αριθμός απόφασης: 754/2018

αυτόματα για την ύπαρξη αυτών χωρίς την διακοπή των εργασιών ρουτίνας», υποστηρίζοντας ότι η απαίτηση αυτή είναι υπερβολική, αφού δεν διαθέτουν αυτήν την απαίτηση οι αναλυτές με παραγωγικότητα 80 εξετάσεων ανά ώρα, ήτοι την παραγωγικότητα που είναι η ελάχιστη απαιτούμενη σύμφωνα με τον όρο 2 των τεχνικών προδιαγραφών του εν λόγω βιοχημικού αναλυτή και προτείνοντας τη διαγραφή αυτής και δημοπράτησης του εν λόγω αντικειμένου της σύμβασης με το να ζητείται χωριστός αναλυτής για την εξέταση HbA1C. Επιπλέον, υποστηρίζει ότι στην παρ. στ' των ειδικών όρων όπου αναφέρεται «όσον αφορά τα controls να προσφερθεί ο ετήσιος αριθμός συσκευασιών για την πραγματοποίηση του ποιοτικού ελέγχου που απαιτείται για την εύρυθμη λειτουργία του αναλυτή», ο συγκεκριμένος όρος είναι ασαφής και ότι θα πρέπει να προσδιοριστεί η συχνότητα χρήσης των controls, καθώς και το πόσα επίπεδα ζητούνται και για πόσες ημέρες λειτουργίας. Με τον δεύτερο λόγο της Προσφυγής της και όσον αφορά τα Κέντρα [...] η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προδιαγραφής 12 του Παραρτήματος Β των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης με την οποία ζητείται «Να έχει δυνατότητα back up αντιδραστηρίων», υποστηρίζοντας ότι η απαίτηση αυτή είναι περιττή, προτείνοντας την διαγραφή της αφού εμποδίζει την ανάπτυξη ανταγωνισμού δοθέντος ότι οι περισσότεροι βιοχημικοί αναλυτές δεν έχουν αυτήν την λειτουργία. Επιπλέον, υποστηρίζει ότι στην παρ. στ' των ειδικών όρων όπου αναφέρεται «όσον αφορά τα controls να προσφερθεί ο ετήσιος αριθμός συσκευασιών για την πραγματοποίηση του ποιοτικού ελέγχου που απαιτείται για την εύρυθμη λειτουργία του αναλυτή», ο συγκεκριμένος όρος είναι ασαφής και ότι θα πρέπει να προσδιοριστεί η συχνότητα χρήσης των controls, καθώς και το πόσα επίπεδα ζητούνται ανά έτος. Τέλος, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προδιαγραφής 8 του Παραρτήματος Β των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης και όσον αφορά τα Κέντρα Υγείας [...] με την οποία ζητείται «Να διαθέτει ψυχόμενο χώρο φύλαξης αντιδραστηρίων μεγάλης χωρητικότητας, για ασφαλή φύλαξη των αντιδραστηρίων. Τα αντιδραστήρια να παραμένουν επί του αναλυτή, μετά το άνοιγμα τους και να αναγνωρίζονται με αναγνώστες bar code. Να έχει την δυνατότητα φόρτωσης αντιδραστηρίων διαφορετικής παρτίδας

Αριθμός απόφασης: 754/2018

μεταξύ τους», υποστηρίζοντας ότι η τελευταία περίοδος της προδιαγραφής αυτής είναι ασαφής, αφού κάθε αντιδραστήριο έχει τη δική του παρτίδα ανάλογα με την ημερομηνία κατασκευής του και προτείνοντας τη διαγραφή της.

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αριθ. 31069/06.08.2018 έγγραφό της εκφράζει τις απόψεις της επί της εν λόγω προσφυγής, υποστηρίζοντας ότι αυτή ασκείται άνευ εννόμου συμφέροντος και εμμένοντας στους προσβαλλόμενους όρους, όπως αυτοί αναφέρονται στη διακήρυξη και παραθέτοντας συμπληρωματική αιτιολογία θέσπισης αυτών κατ' άρθρο 365 παρ. 1 του Ν.4412/2016 και 9 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017.

9. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 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 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής». Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προσβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017.

10. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 18 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και

Αριθμός απόφασης: 754/2018

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 αιεφόρου ανάπτυξης». Περαιτέρω, το άρθρο 53 παρ. 2 περ. ια΄ του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «... Τα έγγραφα της σύμβασης, πλην της προκήρυξης σύμβασης του άρθρου 63 και της προκαταρκτικής προκήρυξης του άρθρου 62 σε περίπτωση που χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης του διαγωνισμού, περιέχουν ιδίως: ια) 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...». Σύμφωνα με το άρθρο 54 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 :« 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 ...».

11. Επειδή, οι κανονιστικές ρυθμίσεις, όπως οι θεσπιζόμενοι με την διακήρυξη διαγωνισμού όροι, δεν χρήζουν, ως εκ της φύσεώς τους, αιτιολογίας (βλ. ΕΑΣΤΕ 918/2003, 876/2004), η Διοίκηση 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, ενώ θα πρέπει να θεωρείται ότι απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό η σκοπιμότητα της θεσπίσεως επί μέρους όρων και τεχνικών προδιαγραφών (βλ. ΣΤΕ 1290/2016, 214/2011, 3719/2011, ΕΑΣΤΕ 434/2008). Και τούτο διότι όταν ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επικαλείται λόγους με τους οποίους επιχειρεί, υπό την μορφή γενικής αμφισβήτησης της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης, να προσδιορίσει, κατά τις

Αριθμός απόφασης: 754/2018

δικές τους δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, βάση δικών του εκτιμήσεων, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, αυτοί οι λόγοι είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. ΕΑΣΤΕ 307/2007). Εξάλλου, η θέσπιση συγκεκριμένων προδιαγραφών συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής εκείνων των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, χωρίς αυτό να σημαίνει το δίχως άλλο ότι παραβιάζονται τοιουτοτρόπως οι κανόνες του ανταγωνισμού, δεδομένου ότι εκ φύσεως οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυνάμενων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων.

12. Επειδή, ετέρωθεν και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές ελέγχονται από την άποψη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣΤΕ 189/2015, ΕΑΣΤΕ124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.), σε κάθε δε περίπτωση θα πρέπει να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και να μην εισάγουν αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, υπό την έννοια ότι οφείλουν να αποφεύγουν διατάξεις που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, μέσω της ενσωμάτωσης σε αυτή χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου, ούτε να συνεπάγονται αδικαιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη του ανταγωνισμού (βλ. ΕΣ 2402/2010).

13. Επειδή, συνεπώς η αναθέτουσα αρχή έχει την ευχέρεια να καθορίσει τις προϋποθέσεις συμμετοχής, σύμφωνα με το ενωσιακό και εθνικό δίκαιο, του διαγωνισμού με δύο βασικούς περιορισμούς: (α) να μην περιορίζεται ο ελεύθερος και ανόθευτος ανταγωνισμός και η ευρεία συμμετοχή σε διαγωνιστικές διαδικασίες μέσω της επιβολής προδιαγραφών που συρρικνώνουν την ελεύθερη αγορά και (β) να τίθενται κατά τέτοιο τρόπο στο κείμενο της διακήρυξης, ώστε να είναι αρκετά ακριβείς και να μην καταλείπεται οιαδήποτε αμφιβολία στους προσφέροντες ως προς την κατανόηση και τον προσδιορισμό του αντικειμένου και των απαιτήσεων της διακήρυξης.

Αριθμός απόφασης: 754/2018

Επιπρόσθετα, κάθε αναθέτουσα αρχή στις περιπτώσεις αυτές πρέπει να λαμβάνει υπόψη το κριτήριο της αναλογικότητας υπό την έννοια ότι τυχόν περιοριστικά μέτρα που τίθενται με τους όρους της διακήρυξης μπορούν να θεωρηθούν ότι συμβιβάζονται με τον ενωσιακό δίκαιο μόνον εάν μπορεί να αποδειχθεί ότι: (α) έχουν οριστεί για την εξυπηρέτηση θεμιτού σκοπού δημόσιας τάξης που έχει τεθεί προς το γενικό συμφέρον, (β) εφαρμόζονται κατά τρόπο που δεν δημιουργεί διακρίσεις, (γ) είναι κατάλληλα για την επίτευξη αυτού του επιδιωκόμενου σκοπού και (δ) δεν είναι δεσμευτικά πέραν του βαθμού που είναι αναγκαίος για την επίτευξη του σκοπού (βλ. ΔΕΚ απόφαση της 3^η Φεβρουαρίου 1993 Vereniging Veronica Omroep Organisatie κατά Commissaria at voorde Media, C-148/91, σκ. 9, Dieter Kraus κατά Land Baden-Wurtemberg, C-19/92, σκ. 32). Με άλλα λόγια η αναθέτουσα αρχή είναι εκείνη που καθορίζει το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των υποψηφίων οικονομικών φορέων, το οποίο, όμως και πρέπει να συνδέεται και να τελεί σε αναλογία προς το αντικείμενο της σύμβασης και να δικαιολογείται από τη φύση και το σκοπό του συγκεκριμένου έργου, ήτοι δύναται η αναθέτουσα αρχή να ζητά ένα ή περισσότερα δικαιολογητικά ανάλογα με τις απαιτήσεις της κατά περίπτωση σύμβασης, τις δυνατότητες της συγκεκριμένης αγοράς στην οποία απευθύνεται και την ανάγκη εξασφάλισης συνθηκών πραγματικού ανταγωνισμού.

14. Επειδή, προς παραδεκτή άσκηση του ενδίκου βοηθήματος της Προδικαστικής Προσφυγής απαιτείται να υφίσταται στο πρόσωπο του προσφεύγοντος έννομο συμφέρον, άμεσο, προσωπικό και ενεστώς. Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα δεν περιγράφει ως άμεση και προσωπική συγκεκριμένη βλάβη, αφού σε κανένα σημείο της Προσφυγής της δεν επικαλείται αδυναμία προς υποβολή προσφοράς για τα υπό προμήθεια είδη. Ειδικότερα δεν αναφέρει με ποιον ακριβώς τρόπο αποκλείεται παράνομα ή δυσχεραίνεται ουσιαστικά η συμμετοχή της στον εν λόγω διαγωνισμό, αντίθετα στο έγγραφο της Προσφυγής γίνεται αναφορά σε λόγους οικονομίας της αναθέτουσας αρχής, αύξησης του ανταγωνισμού και καλύτερης αντιμετώπισης

Αριθμός απόφασης: 754/2018

των αναγκών της αναθέτουσας αρχής, χωρίς όμως με τον τρόπο αυτό να τεκμηριώνεται η βλάβη της προς θεμελίωση του προσωπικού της εννόμου συμφέροντος. Με άλλα λόγια δεν υφίσταται αναφορά περί αποκλεισμού της με τους προσβαλλόμενους όρους της διακήρυξης, ούτε αδυναμία προσφορά των υπό προμήθεια ειδών με τις τεχνικές προδιαγραφές που αυτά ζητούνται, παρά υπό τη μορφή γενικής και αόριστης αμφισβήτησης της σκοπιμότητας των προσβαλλόμενων τεχνικών προδιαγραφών αυτών, απαραδέκτως προσπαθεί να προδιαγράψει τις τεχνικές προδιαγραφές που την εξυπηρετούν, προτείνοντας όσα η προσφεύγουσα θεωρεί ότι θα έπρεπε να ετίθεντο σε αυτές.

15. Επειδή, εξάλλου, αορίστως αναφέρεται στην Προσφυγή ότι περιορίζεται ο ανταγωνισμός, αφού δεν αναφέρεται συγκεκριμένος τρόπος που αυτό προκύπτει, ετέρωθεν αορίστως γίνεται αναφορά και στο ότι ευνοούνται μεγάλοι προμηθευτές, αφού αυτοί δεν κατονομάζονται. Επιπροσθέτως, οι προσβαλλόμενοι όροι, όπως αυτοί αναφέρονται στην σκέψη 7 της παρούσας, χαρακτηρίζονται ως ασαφείς. Εντούτοις, ζητείται η κατάργηση αυτών και όχι η αποσαφήνισή τους ή η αλλαγή των, ισχυρισμός που θα πρέπει να απορριφθεί ως νόμω και ουσία αβάσιμος, αφού εφόσον τυγχάνουν ασαφείς δεν θα έπρεπε να ζητείται συλλήβδην η ακύρωση της προσβαλλόμενης, ως εν προκειμένω, γεγονός που αποδεικνύει τη συγκεκριμενοποιημένη προσπάθεια της προσφεύγουσας ακύρωσής των προκειμένου να προσδιορίσει κατά τα δικά της κριτήρια τις τεχνικές προδιαγραφές των ειδών αυτών.

16. Επειδή, στην υπό κρίση περίπτωση η αναθέτουσα αρχή αιτιολογεί επαρκώς τους λόγους για τους οποίους τίθενται οι προσβαλλόμενοι λόγοι της διακήρυξης με την αιτιολογία που παρατίθενται επ' αυτών στο έγγραφο των Απόψεών της.

17. Επειδή, κατ' ακολουθίαν η υπό κρίση Προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη ελλείψει εννόμου συμφέροντος, σε κάθε περίπτωση ως αόριστη.

Αριθμός απόφασης: 754/2018

18. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 227219759958 0928 0047) ποσού 2.419,36 €, πρέπει να καταπέσει, 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

Απορρίπτει την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 227219759958 0928 0047) ποσού 2.419,36 €.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 5 Σεπτεμβρίου 2018 και εκδόθηκε στις 19 Σεπτεμβρίου 2018.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Γεωργία Παν. Ντεμερούκα