

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 17 Φεβρουαρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Μαρία Μανδράκη Μέλη.

Για να εξετάσει την από 9.01.2023 με ΓΑΚ Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 51/11.01.2023 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του «...» (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. «...» διακήρυξης (εφεξής η «προσβαλλόμενη»).

Με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη διακήρυξη.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, κατά τα άρθρα 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 952,84 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...», την από 9.01.2023 πληρωμή στην ALPHA BANK και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης σχετικά με την οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 190.566,04€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αριθμ. «...» Διακήρυξη, προκήρυξε δημόσιο ανοικτό Διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου με

αντικείμενο «...», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας, από οικονομική άποψη, προσφοράς βάσει τιμής, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 202.000,00€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., ο οποίος αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 15.12.2022 με Α.Δ.Α.Μ. «...», καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό «...». Ως εκ τούτου, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή, ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

3. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 9.01.2023 στον ηλεκτρονικό τόπου του διαγωνισμού λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 15.12.2022, ο δε προσφεύγων ισχυρίζεται ότι έλαβε γνώση αυτής την 2.01.2023 και εν γένει παραδεκτά.

4. Επειδή, ο προσφεύγων στις 23.01.2023, ήτοι εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, ως ισχύει μετά την τροποποίηση του με το ν. 4782/2021, δοθέντος ότι οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής κοινοποιήθηκαν στις 17.01.2023, υπέβαλε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού υπόμνημα επί των απόψεων, το οποίο λαμβάνεται υπόψη από το Κλιμάκιο.

5. Επειδή, όσον αφορά την προσφυγή κατά όρων διακήρυξης ο προσφεύγων πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον προσβαλλόμενο όρο, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που αφορούν στις 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, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756). Ενόψει των ανωτέρω, ο προσφεύγων έχει, καταρχάς, έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής, δεδομένου ότι, ως ισχυρίζεται, δραστηριοποιείται στο χώρο του αντικειμένου

του υπό εξέταση διαγωνισμού και έχει πρόθεση να συμμετέχει και στον υπό προκήρυξη διαγωνισμό αλλά αδυνατεί λόγω των προσβαλλόμενων όρων της διακήρυξης και η προσφορά του θα αποκλειστεί.

6. Επειδή, το άρθρο 18 του Ν.4412/2016 " Δημόσιες Συμβάσεις Έργων Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 214/25/ΕΕ) (ΦΕΚ Α' 200/24.10.16) ορίζει ότι: «...1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων....».

7. Επειδή, το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών [...] 2. Τα έγγραφα της σύμβασης....περιέχουν ιδίως : [...]α) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης...ιζ) τους απαραίτους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς,[...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.),....».

8. Επειδή, το άρθρο 54 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται στην περ.1 του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α' παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν 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, ... γ) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις κατά τα οριζόμενα στην περίπτωση α', με παραπομπή, ως τεκμήριο συμβατότητας προς τις εν λόγω επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β', δ) με παραπομπή στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' για ορισμένα χαρακτηριστικά και με παραπομπή στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις που αναφέρονται στην περίπτωση α' για ορισμένα άλλα χαρακτηριστικά....6. Όταν η αναθέτουσα αρχή χρησιμοποιεί τη δυνατότητα που αναφέρεται στην περίπτωση 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, 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. ... 9. Ειδικά για τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και γενικών υπηρεσιών, οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν υπόψη τις ενιαίες τεχνικές προδιαγραφές που εκπονούνται από τις ΕΚΑΑ των περ. β' και γ' της παρ. 1 του άρθρου 41, σε συνεργασία με

άλλους δημόσιους φορείς όπου κρίνεται απαραίτητο, και αναρτώνται στο ΕΣΗΔΗΣ. Με απόφαση του καθ' ύλην αρμόδιου Υπουργού, που προΐσταται των ΕΚΑΑ του προηγούμενου εδαφίου, η χρήση ορισμένων ενιαίων τεχνικών προδιαγραφών μπορεί να ορίζεται ως υποχρεωτική. Όταν η χρήση των ενιαίων τεχνικών προδιαγραφών ορίζεται ως υποχρεωτική, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλίνουν από αυτές αιτιολογώντας την απόκλιση αυτή ειδικά στα έγγραφα της σύμβασης...».

9. Επειδή, στους κρισιμούς για την εξέταση της προσφυγής όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι : «...2.4.3.2 Τεχνική προσφορά Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο “Απαιτήσεις-Τεχνικές Προδιαγραφές” του Παραρτήματος II της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα...2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία αποκλίνει από απαραίτατους όρους περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, ή δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται στην παρούσα και συγκεκριμένα στις παραγράφους...2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς) ...Ι) η οποία παρουσιάζει αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης,...ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ II ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ - ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ...2. Να αναλύει δείγματα από ολικό αίμα για την άμεση μέτρηση των παραμέτρων: pH,pCO₂, pO₂, K⁺, Na⁺, Ca⁺⁺, Cl⁻, Glucose, Lactate, Hct, Hb, SO₂, MetHb, COHb, O₂Hb, H Hb ...6. Για την μέγιστη ασφάλεια και ελάχιστη απασχόληση των χειριστών (Ιατρών-Νοσηλευτών) ο «...» να λειτουργεί: ...Β. με περιορισμένο αριθμό κασετών πολλαπλών μετρήσεων. Να απαιτείται μόνο η αλλαγή της/των αναλωσίμων κασέτας/κασετών, εξαιρουμένου του χαρτιού εκτύπωσης των

αποτελεσμάτων... 8. Ο χρόνος μέτρησης να είναι μικρότερος από 60 - 70 δευτερόλεπτα...». Όπως δε έχει παγίως κριθεί, η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχάς ελεύθερη να διαμορφώνει ,κατά την κρίση της, τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση της σύμβασης προμήθειας, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές με βάση τις ανάγκες της και την σκοπιμότητα χρήσης των υπό προμήθεια προϊόντων, η δε θέσπιση, με την διακήρυξη, των προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν τινών διαγωνιζομένων, των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από την φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους εν γένει απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό. Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από της απόψεως της τηρήσεως 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.).

10. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η τεχνική προδιαγραφή περί ταυτόχρονης μέτρησης από τον «...» των παραμέτρων Hct (αιματοκρίτη) και Hb (αιμοσφαιρίνη) αποκλείει αδικαιολόγητα τη συμμετοχή του, καθώς ο προσφερόμενος από αυτόν «...» παρέχει και τα δυο αποτελέσματα με ισοδύναμη υπολογιστική μέτρηση του αιματοκρίτη και άμεση μέτρηση της αιμοσφαιρίνης, οι δε συγκεκριμένοι παράμετροι παρέχουν τις ίδιες πληροφορίες, με μόνη την άμεση μέτρηση της αιμοσφαιρίνης να παρέχει ακριβή και αξιόπιστα αποτελέσματα. Επίσης κατά τον προσφεύγοντα, ο άμεσα μετρούμενος αιματοκρίτης πιθανόν να δημιουργεί διαγνωστικά προβλήματα. Πέραν των ανωτέρω, ο προσφεύγων προβάλλει ότι ο επίμαχος όρος είναι υπερβολικός και απρόσφορος και λειτουργεί προς όφελος των «...» του οίκου «...».

11. Επειδή, στον όρο 2.4.3.2 της διακήρυξης προβλέπεται ότι η τεχνική προσφορά πρέπει να περιλαμβάνει όλα τα έγγραφα με τα οποία αποδεικνύεται η πλήρωση των τεχνικών προδιαγραφών του Παραρτήματος ΙΙ της διακήρυξης. Στο δε Παράρτημα ΙΙ της διακήρυξης τίθεται ως υπ' αριθμ. 2 τεχνική προδιαγραφή ο προσφερόμενος «...» να αναλύει δείγματα αίματος για την άμεση μέτρηση, μεταξύ άλλων, και των παραμέτρων Hct (αιματοκρίτη) και Hb (αιμοσφαιρίνη). Επομένως, σε περίπτωση που διαγωνιζόμενος δεν προσφέρει «...» που διαθέτει άμεση μέτρηση και των ως άνω δυο παραμέτρων δεν μπορεί να υποβάλλει παραδεκτή προσφορά για τον διαγωνισμό, καθώς θα συντρέχει λόγος αποκλεισμού του ερειδόμενος στη μη πλήρωση τεχνικής προδιαγραφής κατά τα αναφερόμενα στον όρο 2.4.6 της διακήρυξης.

12. Επειδή, καταρχάς, κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψη 11, ο σχετικός λόγος της προσφυγής προβάλλεται απαραδέκτως διότι θίγει την σκοπιμότητα της επιλογής των συγκεκριμένων προδιαγραφών, δοθέντος ότι ο προσφεύγων επιχειρεί να προσδιορίσει, κατά τις δικές του δυνατότητες και να καθορίσει, με βάση δικές του εκτιμήσεις, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου (βλ. ΕΑ ΣτΕ 307/2007). Περαιτέρω, η συμπερίληψη στη διακήρυξη προδιαγραφών αναγκαίων, κατά την αιτιολογημένη εκτίμηση της αναθέτουσας αρχής, τις οποίες, όμως, είναι ενδεχόμενο να μην πληρούν τα προϊόντα ορισμένων προμηθευτών, μπορεί μεν να συνεπάγεται την αδυναμία συμμετοχής τους στο διαγωνισμό, δεν συνεπάγεται εντούτοις, εκ του λόγου αυτού και μόνο, την παρανομία της προδιαγραφής, εφόσον με τη θέσπιση της επίμαχης απαίτησης εξυπηρετούνται αποτελεσματικά οι ανάγκες για την κάλυψη των οποίων τίθενται (ΣτΕ 1105/2010, πρβλ. ΣτΕ. 365/2007, Ε.Α. ΣτΕ 267/2008). Εν προκειμένω δε, η αναθέτουσα αρχή παραθέτει στις απόψεις της πλήρη, ειδική και επαρκή αιτιολογία της αναγκαιότητας θέσπισης της προδιαγραφής περί ταυτόχρονης άμεσης μέτρησης των παραμέτρων Hct (αιματοκρίτη) και Hb (αιμοσφαιρίνη). Συγκεκριμένα, ως βασίμως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή, η θέσπιση της προσβαλλόμενης απαίτησης κρίθηκε αναγκαία όσον αφορά στις Μονάδες Εντατικής Θεραπείας (ΜΕΘ), όπου οι ιατροί και το νοσηλευτικό προσωπικό αντιμετωπίζουν επείγουσες καταστάσεις και

ειδικότερα, την φροντίδα ασθενών με βαρεία νόσο, με συνέπεια, κάθε χειρισμός τους να πρέπει να είναι ακριβείας, διότι συνδέεται άμεσα με την επιβίωση (ή μη) των ασθενών αυτών. Ως εκ τούτου, η πρόβλεψη της επίμαχης προδιαγραφής αποσκοπεί στη διασφάλιση της μεγαλύτερης δυνατής ακρίβειας κάθε μέτρησης και της αξιοπιστίας της διαγνωστικής πληροφορίας, ιδίως στις παρούσες κοινωνικές συνθήκες όπου λόγω πανδημίας COVID 19, ο διπλός έλεγχος της διαγνωστικής πληροφόρησης όταν μπορεί να γίνει, είναι απαίτηση για την καλή έκβαση του κάθε ασθενούς με βαρεία νόσο. Τα δε παρατιθέμενα στην προσφυγή αποσπάσματα ορισμένων επιστημονικών εργασιών ουδόλως αποδεικνύουν ότι αποτελεί κρατούσα στην επιστήμη απόψη ότι η άμεση μέτρηση αιματοκρίτη είναι αναξιόπιστη, δοθέντος μάλιστα ότι, ως ο ίδιος ο προσφεύγων προβάλλει, εκ των εν λόγω εργασιών προκύπτει ότι ενδεχομένως ή πιθανόν να δημιουργηθούν κάποια διαγνωστικά προβλήματα. Εξάλλου, το γεγονός ότι η αναθέτουσα αρχή επικαλείται ως προς την αναγκαιότητα της προσβαλλόμενης προδιαγραφής τις απόψεις που είχε διατυπώσει σε προηγούμενη προσφυγή το έτος 2022 επί του ιδίου όρου δεν αποτελεί παραβίαση την αρχή της αυτοτέλειας των διαγωνισμών, καθώς καταδεικνύει τη σταθερή βούληση της αναθέτουσας αρχής περί διατήρησης της πρόβλεψης της σχετικής απαίτησης, την οποία άλλωστε η Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ είχε κρίνει νόμιμη, ενώ επισημαίνεται ότι ο προσφεύγων φέρει το βάρος της απόδειξης ότι στο ενδιάμεσο χρονικό διάστημα μεταβλήθηκαν οι συνθήκες και οι ανάγκες της αναθέτουσας αρχής σε τέτοιο βαθμό ώστε την παρούσα χρονική στιγμή η επίμαχη απαίτηση να είναι υπέρμετρη και μη πρόσφορη. Εξάλλου, το γεγονός ότι ορισμένες εταιρείες είτε δεν πληρούν την επίμαχη προδιαγραφή είτε την καλύπτουν αλλά όχι σε συνδυασμό με έτερες απαιτήσεις της διακήρυξης, δεν καθιστά εξ'αυτού του λόγου και μόνο την προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 2 προδιαγραφή «φωτογραφική», πολλώ δε μάλλον καθώς ο προσφεύγων ουδόλως αποδεικνύει αφενός μεν ότι οι εταιρείες τις οποίες επικαλείται ότι βλάπτονται από τους προσβαλλόμενους όρους είναι οι μόνες που δραστηριοποιούνται στην αγορά, αφετέρου ότι η εταιρεία «...», την οποία κατά τον προσφεύγοντα ευνοεί ο προσβαλλόμενος όρος, αποτελεί τη μόνη εκ του συνόλου των δραστηριοποιούμενων στη

σχετική αγορά που διαθέτει «...» με τις συγκεκριμένες ειδικές προδιαγραφές, ενώ σε κάθε περίπτωση το γεγονός της ταύτισης των τεχνικών προδιαγραφών με προϊόντα μιας εταιρείας δεν αρκεί για να θεωρηθεί ότι οι απαιτήσεις είναι «φωτογραφικές» (ΔΕφΘεσ/κης 126/2018, ΣτΕ 1140/2010, 1024-25/2010). Συνεπώς, βάσει των προεκτεθέντων ο σχετικός λόγος της προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί.

13. Επειδή, ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι οι προδιαγραφές υπ' αριθμ. 6.Β περί λειτουργίας του «...» με περιορισμένο αριθμό κασετών πολλαπλών μετρήσεων και 8 περί χρόνου μέτρησης μικρότερου από 60 - 70 δευτερόλεπτα πάσχουν αοριστίας, καθώς δεν καθορίζεται ούτε ο αριθμός των κασετών που θεωρείται περιορισμένος, ούτε το μοναδικό όριο χρόνου βάσει του οποίου θα κριθεί ο μικρότερος χρόνος μέτρησης.

14. Επειδή, από τη γραμματική διατύπωση των επίμαχων προδιαγραφών προκύπτει ότι δεν προσδιορίζεται με σαφήνεια ποιες συγκεκριμένες απαιτήσεις πρέπει να διαθέτει ο προσφερόμενος από τον διαγωνιζόμενο «...» ώστε να πληροί τις υπ' αριθμ. 6 και 8 προδιαγραφές. Ειδικότερα, ως προς την υπ' αριθμ. 6 προδιαγραφή, η χρήση του όρου «περιορισμένο» προδήλως δεν συγκεκριμενοποιεί τον αριθμό των κασετών πολλαπλών μετρήσεων βάσει των οποίων θα πρέπει να λειτουργεί ο «...» ώστε να θεωρηθεί αποδεκτός, με αποτέλεσμα να δημιουργούνται αμφιβολίες στον επιμελή υποψήφιο ως προς το περιεχόμενο της απαίτησης και να καθίσταται δυσχερής η υποβολή παραδεκτής προσφοράς από οιονδήποτε υποψήφιο. Ομοίως, αναφορικά με την υπ' αριθμ. 8 προδιαγραφή, αν και αφορά το ανώτατο όριο χρόνου κάτω του οποίου πρέπει να γίνεται η μέτρηση από τον «...», δεν τίθεται στη διακήρυξη ένα συγκεκριμένο, μοναδικό χρονικό μέγεθος ως απόλυτη τιμή, αλλά δίδεται εύρος τιμών που δεν συνάδει με το αντικείμενο της απαίτησης, ως αυτή ζητείται, γεγονός που καθιστά την απαίτηση αμφίσημη. Σημειωτέον ότι η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της επιτείνει την ασάφεια της υπ' αριθμ. 8 προδιαγραφής δοθέντος ότι εμμένει στην πρόβλεψη εύρους τιμών, με αποτέλεσμα με την επίμαχη προδιαγραφή να τίθενται τα χρονικά όρια εντός των οποίων πρέπει να λάβει χώρα η μέτρηση του «...» και όχι το απώτατο χρονικό όριο της μέτρησης. Οι δε

αιτιάσεις της αναθέτουσας αρχής περί δυνατότητας αποσαφήνισης του περιεχόμενου των προσβαλλόμενων προδιαγραφών δια διευκρινίσεων τυγχάνουν απορριπτέες ως αβάσιμες, διότι τυχόν αποδοχή τους συνεπάγεται την αναστροφή του βάρους ορθής σύνταξης των τευχών του διαγωνισμού, το οποίο φέρει αποκλειστικώς η αναθέτουσα αρχή. Ενόψει τούτου, αλυσιτελώς προβάλλονται από τον προσφεύγοντα ισχυρισμοί περί κριτηρίου χαμηλότερης τιμής και διάθεσης απ' αυτόν «...» με πιστοποιητικό συμμόρφωσης CE, σε κάθε δε περίπτωση ούτε το κριτήριο ανάθεσης βάσει τιμής, ούτε η ύπαρξη σήμανσης CE αποκλείουν τη δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να θεσπίσει πρόσθετες προδιαγραφές εφόσον εξυπηρετούν αιτιολογημένως τις ανάγκες της. Συνεπώς, βάσει των προεκτεθέντων οι σχετικοί λόγοι της προσφυγής πρέπει να γίνουν δεκτοί ως βάσιμοι και να ακυρωθούν οι υπ' αριθμ. 6 και 8 προδιαγραφές του Παραρτήματος II της διακήρυξης.

15. Επειδή, βάσει των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σε περίπτωση, όπως εν προκειμένω, ακύρωσης διατάξεων της διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών, πρέπει να ακυρωθεί η διακήρυξη στο σύνολό της (πρβλ. ΣΤΕ 1135/2010, ΕΑ 1089/2009, ΣΤΕ 2951-52/2004 επταμ. και απόφαση ΔΕΚ στην υπόθεση C-448/2001, ENV AG κ.λπ., Συλλ. 2003, σελ. Ι-14527, σκέψεις 92-95).

16. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, να ακυρωθεί εν συνόλω η προσβαλλόμενη διακήρυξη και να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων, κατ'άρθρο 363 παρ. 5 εδ' α' του ν. 4412/2016

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 36/2022 διακήρυξη.

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 952,84 ευρώ.

Αριθμός απόφασης: 342 /2023

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 17 Φεβρουαρίου 2023 και εκδόθηκε στις 3 Μαρτίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΚΑΡΑΔΗΜΑ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ**