

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**3<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 8 Μαΐου 2018 με την εξής σύνθεση:  
Μιχαήλ Οικονόμου Πρόεδρος, Μιχαήλ Σειραδάκης-Εισηγητής και Εμμανουέλα Σωτηρόπουλου Μέλη.

Για να εξετάσει την από 30.03.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 335/10.04.2018 της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «.....» που εδρεύει στον Δήμο ....., ....., Τ.Κ. ...., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

κατά της διακήρυξης του Ηλεκτρονικού Δημόσιου Ανοιχτού Διαγωνισμού που προκήρυξε ..... ως Αναθέτουσα Αρχή, με αριθμό διακήρυξης ..... και Αριθμό Συστήματος Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. ....

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να γίνει δεκτή η υπό κρίση προσφυγή της και να ακυρωθεί η με αριθμό ..... διακήρυξη.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή ..... ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Ηλεκτρονικό Δημόσιο Ανοιχτό Διαγωνισμό, με αριθμό διακήρυξης ..... και Αριθμό Συστήματος Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. ...., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, αποκλειστικά βάσει της προσφερόμενης τιμής για την «.....» (CPV .....), προϋπολογιζόμενης δαπάνης ογδόντα οκτώ χιλιάδων ενός ευρώ και τριάντα έξι λεπτών (88.001,36 €), περιλαμβανομένου Φ.Π.Α., διάρκειας ενός (1) έτους, με δικαίωμα της αναθέτουσας αρχής να παρατείνει τη σύμβαση για διάστημα δύο (2) μηνών μονομερώς (με απόφαση του ..... ) και μέχρι δώδεκα (12)

## Αριθμός Απόφασης: 359/2018

μήνες με συμφωνία και των δύο μερών, με αρχική καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των προσφορών την 24η Απριλίου 2018, ημέρα Τρίτη και ώρα 10:00 π.μ. και αρχική ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού την 30η Απριλίου 2018, ημέρα Δευτέρα και ώρα 10.00 π.μ. Ήδη δυνάμει της με αριθμό πρωτοκόλλου 597/19.04.2018 απόφασης του Διοικητού-Προέδρου του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής, η οποία αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. στις 19.04.2018, αποφασίστηκε η παράταση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών μέχρι και τις 11.06.2018, ημέρα Δευτέρα και ώρα 10:00 π.μ. και η αντίστοιχη μετάθεση της ημερομηνίας αποσφράγισης των προσφορών στις 15.06.2018, ημέρα Παρασκευή και ώρα 10:00 π.μ. Η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε στις 02.04.2018 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) την υπό κρίση προσφυγή της και την κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. στις 06.04.2018.

2. Επειδή η προσφεύγουσα επικαλείται στην υπό κρίση προσφυγή της ότι η διακήρυξη του επίμαχου διαγωνισμού στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι «ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ .....», περιλαμβάνει απαίτηση, η οποία είναι παράνομη και καταχρηστική για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή.

3. Επειδή η προσφεύγουσα αιτείται να γίνει δεκτή η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, να ακυρωθούν, άλλως τροποποιηθούν οι προσβαλλόμενοι όροι της υπ' αριθμ. .... διακήρυξης, επί τω τέλει όπως επαναπροκηρυχθεί ο σχετικός διαγωνισμός με προκήρυξη που δεν θα περιέχει τους εν λόγω όρους.

4. Επειδή έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου ....., όπως εξοφλήθηκε δυνάμει του από 02.04.2018 αποδεικτικού εξόφλησης της Τράπεζας .....), ποσού εξακοσίων ευρώ (600,00 €).

## Αριθμός Απόφασης: 359/2018

5. Επειδή ο επίδικος διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016.

6. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει συνολικού ποσού της Διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016.

Παραδεκτά φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 3ου Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

9. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω και στο ισχύον πλαίσιο (Ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο με τον νόμο σύστημα παροχής δικαστικής προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής, παράβαση των κανόνων, οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 612/2012, 1025/2010, 1354/2009). Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. κατά την έννοια του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 κατά της Διακήρυξης ή των τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την προσφυγή αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί, με τρόπο συγκεκριμένο και ειδικό, βλάβη από

## Αριθμός Απόφασης: 359/2018

συγκεκριμένο 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 και εν συνεχεία λάβει μέρος στον διαγωνισμό, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, η συμμετοχή του στο διαγωνισμό να συνοδεύεται από την διατύπωση επιφυλάξεως ως προς τη νομιμότητα του όρου ή των όρων της διακήρυξης από τους οποίους βλάπτεται. (ΣτΕ (Ασφ) 9/2015, ΔΕΦΑΘ (Αναστ.) 44/2015, ΔΕΦΑΘ (Ασφ) 561/2013, ΣτΕ (Ασφ) 314/2013, 472/2012, 718/2012, 714/2012, ΣτΕ 890/2009, ΣτΕ 1415/2008 Ολομ., 881/2008, ΕΑ ΣτΕ 131/2003 κ.ά.). Εξάλλου, εάν η ταχθείσα με τη διακήρυξη προθεσμία προς κατάθεση της προσφοράς έχει λήξει προτού εκδικασθεί η προδικαστική προσφυγή και ο προσφεύγων δεν έχει λάβει μέρος στον διαγωνισμό με επιφύλαξη, το έννομο συμφέρον του προς άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της διακηρύξεως διατηρείται μόνον εφόσον προβάλλει ότι η διακήρυξη περιλαμβάνει όρο, ο οποίος αποκλείει παρανόμως, κατ' αυτόν, τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 725/2009, 405/2009, 715/2006, 508/2006, 269/2006, 799/2005, 203, 342/2009, 617, 960, 1383/2007, 27/2006, (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣτΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ Ασφ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, «Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων», Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756), ή ότι την εκ μέρους του υποβολή προσφοράς κατέστησαν ανέφικτη ή ουσιωδώς δυσχερή ορισμένες προσβαλλόμενες με την προδικαστική προσφυγή πλημμέλειες της διακηρύξεως (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 16, 9/2015, 415/2014, 314/2013, 616, 472, 434/2012, 182/2011, 405/2009, 1141/2008, 1023/2007, 340/2006, 269/2006, 237/2006 βλ. και C 230/2002 της 12 Φεβρουαρίου 2004, Grossmann Air Service κατά Δημοκρατίας της Αυστρίας) είτε ότι η περιγραφή του συμβατικού αντικειμένου του διαγωνισμού είναι όλως αόριστη ή ασαφής, ώστε να είναι αντικειμενικώς ανέφικτη ή ουσιωδώς δυσχερής η υποβολή προσφοράς (ΣτΕ (Ασφ) 508/2006).

10. Επειδή ωστόσο, μέχρι και την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών του διαγωνισμού, η οποία μετατέθηκε από την αναθέτουσα, δυνάμει της με αριθμό πρωτοκόλλου 597/19.04.2018 απόφασης του Διοικητού-Προέδρου του Διοικητικού Συμβουλίου της, για τις 11.06.2018, ημέρα Δευτέρα και ώρα 10:00 π.μ. δεν μπορεί να διακριβωθεί με απόλυτη βεβαιότητα από το αποφασίζον Κλιμάκιο εάν τελικά η προσφεύγουσα θα υποβάλλει ανεπιφύλακτα προσφορά στον επίμαχο διαγωνισμό, εάν θα υποβάλλει με επιφύλαξη ή εάν θα κρίνει ότι βάσει του προσβαλλόμενου όρου της διακήρυξης εμποδίζεται ή δυσχεραίνεται σε τέτοιο βαθμό η υποβολή προσφοράς εκ μέρους της, έστω και με επιφύλαξη και άρα θα επιλέξει να απέχει από τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό. Ως εκ τούτου, δεν μπορεί να υπάρξει ασφαλής κρίση για τη συνδρομή του εννόμου συμφέροντος στο πρόσωπο της προσφεύγουσας κατά τον χρόνο διενέργειας του διαγωνισμού και συνεπώς, το έννομο συμφέρον της θα κριθεί κατά τον χρόνο άσκησης της κρινόμενης προσφυγής και δεδομένου ότι τα πραγματικά περιστατικά δεν μεταβλήθηκαν, το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας διατηρείται ακέραιο και μέχρι την έκδοση της απόφασης του οικείου σχηματισμού της Α.Ε.Π.Π.

11. Επειδή συνεπώς, στην κρινόμενη προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρεία, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους της και συνεπακόλουθα θεμελιώνει βάσιμα το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της υπ' αριθμ. .... διακήρυξης.

12. Επειδή έχει κριθεί ότι η αναθέτουσα αρχή είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας, ως προς τα προς προμήθεια προϊόντα, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, η δε θέσπιση με τη διακήρυξη των προδιαγραφών που 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 σε αυτόν των διαγωνιζομένων, των οποίων τα αγαθά δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.). Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από την άποψη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (πρβλ. ΣΤΕ 189/2015, ΕΑ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.). Κατά συνέπεια, η θέσπιση τέτοιων όρων τεχνικής ικανότητας, ενόψει των περιορισμών που συνεπάγονται, πρέπει να δικαιολογείται από τη φύση, την ποσότητα, το μέγεθος, τη σπουδαιότητα, την πολυπλοκότητα και τις εξειδικευμένες απαιτήσεις της προς ανάθεση σύμβασης, ώστε να μην παραβιάζει τη γενική αρχή της αναλογικότητας που ορίζει κατά το κοινοτικό δίκαιο, ότι οι όροι αυτοί δεν πρέπει να βαίνουν πέραν του μέτρου που είναι αναγκαίο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου στόχου (βλ. ΕΛΣυν 2590/2016, ΔΕΕ C-213/07, Μηχανική Α.Ε. σκ. 44-48 και την εκεί παρατιθέμενη νομολογία, C-234/03 CONTSE και τη 2η αιτιολογική σκέψη της Οδηγίας 2004/18/EK). Ως εκ τούτου, τα κριτήρια και τα μέσα απόδειξης της ελάχιστης απαιτούμενης τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων που επιλέγονται από τις αναθέτουσες αρχές πρέπει, σε κάθε περίπτωση, να σχετίζονται με την ορθή και αποτελεσματική εκτέλεση της σύμβασης και να μην άγουν σε υπέρμετρο περιορισμό του δικαιώματος πρόσβασης στον διαγωνισμό, ώστε να διασφαλίζεται η ανάπτυξη ανταγωνισμού και η επιλογή της βέλτιστης προσφοράς (ΕΛΣυν Τμ. Μείζονος – Επταμελούς Σύνθεσης 3372/2011, 3065/2014, VI Τμ. 2484/2012, 558/2014, 3392/2015, 1759, 3329/2015).

13. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 54 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, το οποίο ενσωμάτωσε στην εθνική έννομη τάξη το άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, θα πρέπει οι τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και επιπλέον να μην θέτουν 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 αυτής χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου. Εξάλλου είναι αδικαιολόγητος ο περιορισμός του ανταγωνισμού μέσω τεχνικής προδιαγραφής που λειτουργεί ως κριτήριο αποκλεισμού από την ανάθεση, όταν μεταξύ άλλων δεν συνδέεται με το αντικείμενο της σύμβασης (πρβλ. σημ. 46 Προοιμίου Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, βλ. και ΔΕΕ, απόφαση της 17ης Σεπτεμβρίου 2002, C-513/99 Concordia, Συλλογή 2002, σ. I-7213, σκέψεις 59 και 65, απόφαση της 4ης Δεκεμβρίου 2003, C-448/01 Wienstrom, Συλλογή 2003, σ. I4527, σκέψη 34) ή παραβιάζει αρχές του ενωσιακού δικαίου, όπως της ίσης μεταχείρισης (ΔΕΕ, απόφαση της 12ης Μαρτίου 2015, C-538/13 eVigilo, Ηλεκτρ. Συλλογή ECLI:EU:C:2015:166, σκέψη 33, απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, C-496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, Συλλογή 2004, σ. I-3801, σκέψη 110, απόφαση 6ης Νοεμβρίου 2014, C-42/13 Cartiera dell' Adda, Ηλεκτρ. Συλλογή EU:C:2014:2345, σκέψη 44, απόφαση της 10ης Μαΐου 2012, C-368/10 Επιτροπή κατά Βασιλείου Κάτω Χωρών, Ηλεκτρ. Συλλογή ECLI:EU:C:2012:284, σκέψη 87 και Προτάσεις Γεν. Εισαγγελέως Kokkot στην ίδια υπόθεση, σημ. 104).

14. Επειδή επιπλέον, όπως συνάγεται από τη ρητή διατύπωση των άρθρων 18, 24, 42 και 56 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, (ενδεικτικά) τις σκέψεις 37, 45 και 90 της ίδιας Οδηγίας, αλλά και τα αντίστοιχα άρθρα 18, 24, 54 και 71 του Ν. 4412/2016, οι αναθέτουσες αρχές κατά τη διεξαγωγή των διαγωνιστικών διαδικασιών ενώπιόν τους, οφείλουν να αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα, χωρίς αδικαιολόγητες διακρίσεις και να ενεργούν κατά την άσκηση των καθηκόντων τους με τρόπο διαφανή και αναλογικό. Εξάλλου, όπως γίνεται παγίως δεκτό (βλ. ΕΛΣυν Τμήμα Μείζονος-Επταμελούς Σύμβασης 3065/2014) οι αναθέτουσες αρχές είναι κατ' αρχήν ελεύθερες να διαμορφώνουν τους όρους της διακήρυξης κατά την κρίση τους, καθορίζοντας με γνώμονα τις εκάστοτε ανάγκες τους ως κριτήρια καταλληλότητας ή ανάθεσης ειδικότερα

τεχνικά χαρακτηριστικά από ποσοτική και ποιοτική άποψη. Για τον λόγο αυτό, η θέσπιση με τη διακήρυξη προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή απαραίτητες για την εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν δύναται να θεωρηθεί ότι παραβιάζει άνευ ετέρου τις προαναφερόμενες διατάξεις και θεμελιώδεις αρχές του ενωσιακού δικαίου, που έχουν ενσωματωθεί και στην εθνική έννομη τάξη και ιδιαιτέρως τους κανόνες του ανταγωνισμού, εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται ενδεχομένως αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά δυσχερή τη συμμετοχή σε αυτόν δυνητικών υποψηφίων που δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι εκάστοτε τιθέμενες προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυνάμενων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων (βλ. Τμήμα Μείζονος-Επταμελούς Σύνθεσης 3372/2011).

15. Επειδή ειδικότερα, λόγοι με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό τη μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του επαγγελματικές ανάγκες και 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 303/2007, 307/2007), ενώ ομοίως έχει παγίως κριθεί, ότι απαραδέκτως προβάλλονται ισχυρισμοί ως προς την σκοπιμότητα της θέσπισης συγκεκριμένης προδιαγραφής (βλ. ΕΑ ΣτΕ 354/2014, 1140/2010 ΕΑ ΣτΕ 3719/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 977/2006 κ.ά.).

16. Επειδή το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι «ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ .....» της διακήρυξης ορίζει ότι: *«Η ΠΡΟΜΗΘΕΥΤΡΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΣΕ ΠΕΡΙΠΤΩΣΗ ΠΟΥ ΕΙΝΑΙ ΔΙΑΦΟΡΕΤΙΚΗ ΑΠΟ ΤΗΝ ΚΑΤΑΣΚΕΥΑΣΤΡΙΑ ΝΑ ΕΙΝΑΙ ΕΞΟΥΣΙΟΔΟΤΗΜΕΝΗ ΑΠΟ ΤΗΝ ΚΑΤΑΣΚΕΥΑΣΤΡΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΓΙΑ ΤΗΝ ΔΙΑΚΙΝΗΣΗ ΤΩΝ ΠΡΟΪΟΝΤΩΝ ΤΗΣ, ΩΣΤΕ ΝΑ ΔΙΑΣΦΑΛΙΖΕΤΑΙ Η ΟΡΘΗ ΚΙ ΕΓΚΥΡΗ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΤΩΝ ΠΡΟΪΟΝΤΩΝ ..... Η ΟΠΟΙΑ ΘΑ ΓΙΝΕΤΑΙ ΜΕ ΤΗΝ ΙΣΧΥΟΥΣΑ ΝΟΜΟΘΕΣΙΑ, ΚΑΘΩΣ ΚΑΙ Η ΤΗΡΗΣΗ ΟΛΩΝ ΤΩΝ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΩΝ ΙΧΝΗΛΑΣΙΜΟΤΗΤΑΣ ΣΕ ΠΙΘΑΝΗ*



*ΑΝΑΚΛΗΣΗ/ΑΠΟΣΥΡΣΗ ΠΡΟΪΟΝΤΟΣ, Η ΜΕΤΑ ΑΠΟ ΤΗ ΣΥΜΠΛΗΡΩΣΗ ΤΗΣ ΛΕΥΚΗΣ ΚΑΡΤΑΣ ΑΠΟ ΤΟ ΧΡΗΣΤΗ».*

17. Επειδή με τον μοναδικό λόγο προσφυγής, η προσφεύγουσα επικαλείται ότι η απαίτηση της διακήρυξης που περιλαμβάνεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι «ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ .....» είναι παράνομη και καταχρηστική. Ωστόσο, η αναθέτουσα με το με αριθμό πρωτοκόλλου 5192/12.04.2018 έγγραφό της με θέμα: «Απάντηση στην με Γεν. αριθμ. Κατ. ΑΕΠΠ 335/10-04-2018 προσφυγή του Οικονομικού Φορέα ..... κατά του ....., το οποίο αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 12.04.2018 και κοινοποιήθηκε στην Αρχή αυθημερόν, αναφέρει χαρακτηριστικά ότι: «Ως προς την απαίτηση εξουσιοδότησης “αποκλειστικής διακίνησης” από τον κατασκευαστή, αρχικά πρέπει να αναφερθεί ότι στην διακήρυξη ..... και πιο συγκεκριμένα στο προσβαλλόμενο όρο δεν ζητείται σε κανένα σημείο εξουσιοδότηση “αποκλειστικής διακίνησης” αλλά εξουσιοδότηση για την διακίνηση των προϊόντων της.

*Η ορθή και έγκαιρη προμήθεια των προϊόντων ..... θεωρούμε ότι πρέπει να διασφαλίζεται από την εταιρεία που συμμετέχει στον διαγωνισμό. Το ζητούμενο είναι η εξουσιοδότηση που έχει δώσει η κατασκευάστρια εταιρεία έτσι ώστε ..... να διασφαλίζεται με την ύπαρξη συνεργασίας και να αποφευχθούν πιθανές δυσλειτουργίες και αστοχίες γραφειοκρατικές αλλά και ουσιαστικές που ήθελε προκύψουν σε περίπτωση που η συνεργασία έχει ήδη λυθεί ή υπόκειται σε λύση.*

*Δεδομένου ότι αφενός μεν κατά καιρούς όλοι οι κατασκευαστικοί οίκοι αποσύρουν ή ανακαλούν ελαττωματικά προϊόντα και αφετέρου οι διαδικασίες απόσυρσης/ανάκλησης δεν διενεργούνται από τους προμηθευτές των προϊόντων παρά μόνο από τους κατασκευαστικούς οίκους ή τους εξουσιοδοτημένους αντιπροσώπους τους, καθίσταται απαραίτητη και δικαιολογημένη αυτή η προϋπόθεση. Η εξουσιοδότηση από την κατασκευάστρια εταιρεία ζητείται έτσι ώστε να διασφαλίζεται η άμεση ανταπόκριση σε οποιοδήποτε περιστατικό ανάκλησης Σε διαφορετική περίπτωση εύκολα γίνεται αντιληπτό ότι τίθεται σε κίνδυνο η ασφάλεια των ασθενών.*

*Για όλα τα παραπάνω και για την καλύτερη δυνατή εξασφάλιση της όποιας σύμβασης ..... μας με οποιαδήποτε εταιρεία κατακυρωθεί, ζητείται η εξουσιοδότηση*

από την κατασκευαστική εταιρεία, δεδομένου ότι προέχει πάντων η ασφάλεια των ασθενών και η προστασία της δημόσιας υγείας.». Κατά συνέπεια, προκύπτει από το ανωτέρω έγγραφο της αναθέτουσας ότι ο συγκεκριμένος όρος της διακήρυξης, ο οποίος κατά την αναθέτουσα έχει τεθεί σε απόλυτη αναλογία με το αντικείμενο του διαγωνισμού και τελεί σε συνάρτηση με αυτό, σκοπεύει στη θέσπιση ενός πρόσθετου μέτρου εξασφάλισης της ορθής και έγκαιρης εκτέλεσης της προμήθειας εκ μέρους του τελικού αναδόχου και στον κατά το δυνατόν περιορισμό πιθανών δυσχερειών που θα προκύψουν από τη λύση της συνεργασίας του προμηθευτή με την κατασκευάστρια του προς προμήθεια υλικού εταιρεία. Αναφορικά με την αιτιολογία που περιλαμβάνει η αναθέτουσα στις απόψεις της και για τις περιπτώσεις ανάκλησης ή απόσυρσης των προς προμήθεια υλικών λεκτέα είναι τα εξής: σύμφωνα με το άρθρο 6, παρ. II, εδ. 8 του Ν. 1316/1983 (ΦΕΚ Α΄ 3/11.01.1983) «Ίδρυση, οργάνωση και αρμοδιότητες του Εθνικού Οργανισμού Φαρμάκων (Ε.Ο.Φ.)», όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 25 του Ν. 3730/2008 (ΦΕΚ Β΄ 262/20.02.2008) και το άρθρο 169, παρ. 2 της υπ΄ αριθ. ΔΥΓ3α/Γ.Π.32221/29.04.2013 Κ.Υ.Α. (ΦΕΚ Β΄ 1049/29.04.2013) η διαδικασία ανάκλησης/απόσυρσης ελαττωματικών προϊόντων πραγματοποιείται με απόφαση του Ε.Ο.Φ., η οποία κοινοποιείται τόσο στον Κάτοχο της Άδειας Κυκλοφορίας (Κ.Α.Κ.) όσο και στον Αντιπρόσωπο του κατόχου της άδειας κυκλοφορίας (βλ. άρθρο 2 της υπ΄ αριθ. ΔΥΓ3α/Γ.Π.32221/29.04.2013 Κ.Υ.Α.). Δεδομένου ότι πράγματι η ανάκληση ή απόσυρση ελαττωματικών προϊόντων διενεργείται με πρωτοβουλία και μέριμνα της κατασκευάστριας εταιρείας, η οποία συνήθως είναι και η κάτοχος της άδειας κυκλοφορίας του προϊόντος, τυχόν αποσύνδεση της οποιασδήποτε εμπορικής ή επαγγελματικής σχέσης του τελικού προμηθευτή της αναθέτουσας από την κατασκευάστρια εταιρεία, δημιουργεί τον κίνδυνο, να εκτεθεί η αναθέτουσα σε περιστατικά που θα θέσουν σε κίνδυνο τη δημόσια υγεία, εφόσον, δεν καταστεί εφικτή η άμεση και έγκαιρη ανάκληση ή απόσυρση των ελαττωματικών προϊόντων.

18. Επειδή ειδικότερα, σε συνέχεια των όσων αναπτύσσονται στο κείμενο των απόψεων της αναθέτουσας, κατά την κρίση του Κλιμακίου, η προσφεύγουσα με την κρινόμενη προσφυγή της δεν αποδεικνύει άνευ άλλου τινός με ποιο τρόπο η προσβαλλόμενη απαίτηση της διακήρυξης είναι

παράνομη και καταχρηστική. Το γεγονός ότι δεν υπαγορεύεται σε κάποια νομοθετική διάταξη, δεν εμποδίζει την αναθέτουσα να απαιτεί επιπρόσθετες εξασφαλίσεις και πέραν των ελάχιστων προϋποθέσεων που θέτει το εθνικό και ενωσιακό δίκαιο σαν πλαίσιο διεξαγωγής μιας διαγωνιστικής διαδικασίας, με άκρα όρια τις απαγορευτικές διατάξεις νόμου και τις αρχές της αναλογικότητας, της διαφάνειας, της αμεροληψίας και της ισότητας μεταξύ των διαγωνιζομένων. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα δεν στοιχειοθετεί τεκμηριωμένα με ποιο τρόπο παραβιάζεται με την προσβαλλόμενη διάταξη της διακήρυξης η αρχή της αναλογικότητας ούτε πως περιορίζεται αθέμιτα η επίτευξη υγιούς ανταγωνισμού, με αποτέλεσμα να θίγεται το δημόσιο συμφέρον, αλλά αρκείται σε μια γενικόλογη και αόριστη αμφισβήτηση της νομιμότητας του αντίστοιχου όρου, προτείνοντας ως αντιστάθμισμα τη δυνατότητα υποβολής από τους συμμετέχοντες στον διαγωνισμό μιας *«Υπεύθυνης δήλωσης επάρκειας διάθεσης όλων των προσφερόμενων υλικών στις ζητούμενες ποσότητες»*. Όπως όμως ήδη αναπτύχθηκε ανωτέρω στις σκέψεις 12-15, παγίως η νομολογία δέχεται ότι όταν η προσφεύγουσα δεν προβάλλει με την προδικαστική προσφυγή της συγκεκριμένα παράπονα κατά των προσβληθέντων όρων της διακηρύξεως, παρά μόνον αρκείται στη γενική και αόριστη αναφορά της αντιθέσεως των όρων αυτών προς το εθνικό και ενωσιακό δίκαιο και παραπονεύεται για την κατ' αυτήν παράλειψη της διακηρύξεως προς θέσπιση όρων και συγκεκριμένων τεχνικών προδιαγραφών που αυτή επιθυμεί, κατά τις επαγγελματικές ανάγκες, να προδιαγράψει (ΕΑ ΣτΕ 866/2010, 577/2008, 1317/2007, 201/2007, 1274/2006, 1076, 977/2006), αμφισβητεί απαραδέκτως τη σκοπιμότητα της θέσπισης επί μέρους συγκεκριμένων προδιαγραφών (ΕΑ 354/2014, 1140/2010 ΕΑ 3719/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 977/2006, 876/2004 βλ κ.ά.). Ως εκ τούτου, απαραδέκτως πλήττει η προσφεύγουσα ως προς τη σκοπιμότητα θέσπισής του και τον υπό κρίση όρο της διακήρυξης. Κατά συνέπεια, οι προσβαλλόμενες αιτιάσεις κρίνονται απορριπτές ως αόριστες.

19. Επειδή περαιτέρω, αλυσιτελώς προβάλλει η προσφεύγουσα ότι δεν είναι στη δικαιοδοσία του κατασκευαστικού οίκου να χορηγεί σε

συνεργαζόμενες, άμεσα ή έμμεσα, εταιρείες, βεβαιώσεις για την τήρηση εκ μέρους του, της διαδικασίας ανάκλησης ή απόσυρσης από την αγορά ελαττωματικών προϊόντων δυνάμει απόφασης του Ε.Ο.Φ., δεδομένου ότι είναι προφανές και αυτονόητο ότι την ευθύνη για την ανάκληση ή την απόσυρση ελαττωματικών προϊόντων την φέρει ακέραια η κάτοχος της άδειας κυκλοφορίας που συνήθως είναι και η κατασκευάστρια εταιρεία, αλλά και ο αντιπρόσωπος του κατόχου της άδειας κυκλοφορίας, ο οποίος κατά τη διατύπωση του άρθρου 2 της προαναφερθείσας υπουργικής απόφασης *«...ενεργεί μέσα στα όρια της εξουσίας αντιπροσώπευσης υπέρ και κατά του αντιπροσωπευόμενου. Αν δεν υπάρχει διαφορετική δήλωση του κατόχου της άδειας κυκλοφορίας προς τον Ε.Ο.Φ., ο αντιπρόσωπος θεωρείται και αντίκλητος αυτού για όλες τις επιδόσεις που αφορούν την άδεια κυκλοφορίας»*. Ενόψει των ανωτέρω, είναι σαφές ότι στην αρμοδιότητα της κατασκευάστριας εταιρείας και δη του κατόχου της άδειας κυκλοφορίας ανήκει αποκλειστικά η χορήγηση σχετικών βεβαιώσεων, οι οποίες εξάλλου αποτελούν μέρος μια εύρυθμης συνεργασίας με τους αντιπροσώπους της, στα πλαίσια της εμπορικής πολιτικής της.

20. Επειδή έτι περαιτέρω, η επικαλούμενη πιστοποίηση της προσφεύγουσας με ISO 9001, καθώς και η συμμόρφωσή της με την υπουργική απόφαση Υ.Α. ΔΥ8δ/Γ.Π. οικ./1348/2004 (ΦΕΚ Β΄ 32/16.01.2004), αφορούν απαραίτητες πιστοποιήσεις της τελευταίας για την ομαλή και νόμιμη άσκηση της επιχειρηματικής/εμπορικής της δραστηριότητας και ουδόλως σχετίζονται με τη θεσπιζόμενη απαίτηση του προσβαλλόμενου όρου της διακήρυξης, η οποία μεταξύ άλλων αφορά την εφαρμογή των διαδικασιών ανάκλησης/απόσυρσης ελαττωματικών προϊόντων από την αγορά και η οποία ανήκει αποκλειστικά στον κάτοχο της άδειας κυκλοφορίας (κατασκευάστρια εταιρεία).

21. Επειδή επιπλέον, η προσφεύγουσα επικαλείται όλως αόριστα και χωρίς να τους κατονομάζει ότι ο επίμαχος όρος της διακήρυξης πριμοδοτεί τους επίσημους διανομείς των οίκων κατασκευής ..... και ....., καθιστώντας αδύνατη τη συμμετοχή οποιασδήποτε άλλης εταιρείας στον διαγωνισμό. Ωστόσο, αναφορικά με τα ανωτέρω, έχει παγίως κριθεί ότι αιτιάσεις κατά όρων διακήρυξης, απορρίπτονται ως αόριστες, όταν

δεν κατονομάζεται με αυτούς η εταιρεία, η οποία, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, είναι η μοναδική που πληροί τους προαναφερόμενους όρους των τεχνικών προδιαγραφών της διακηρύξεως (ΕΑ ΣΤΕ 474, 829, 1354/2009, 111/2013 ΔΕφΘεσσαλ κ.ά). Εξάλλου, υπό την εκδοχή ότι ο προβαλλόμενος λόγος προσφυγής δεν έχει την έννοια ότι με την προσβαλλόμενη διάταξη της διακήρυξης τίθεται «φωτογραφική» διάταξη υπέρ μίας εταιρείας, αλλά ότι αυτός δεν είναι νόμιμος, γιατί με τη θέσπιση του περιορίζεται η δυνατότητα ευρείας συμμετοχής στο διαγωνισμό, όπως η προσφεύγουσα αναφέρει στην κρινόμενη προσφυγή της, απορρίπτεται ως αβάσιμος, δεδομένου ότι, όπως έγινε δεκτό στις σκέψεις 12-15, 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 κανόνες του ανταγωνισμού, αφού από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό πρόσωπων (ΣΤΕ 3719/2011, ΕΑ ΣΤΕ 214, 676/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 977/2006 κ.ά.). Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω και οι εν λόγω αιτιάσεις κρίνονται απορριπτέες ως αόριστες.

22. Επειδή υπό τις ανωτέρω περιστάσεις, η προσφεύγουσα επιχειρεί να προδιαγράψει τους όρους διεξαγωγής του διαγωνισμού, σύμφωνα με τις υποκειμενικές συνθήκες άσκησης της επαγγελματικής της δραστηριότητας. Συγκεκριμένα, δεν προκύπτει πέραν πάσης αμφιβολίας ότι πράγματι είναι αδύνατο για την προσφεύγουσα να αναζητήσει και να αποκτήσει τη ζητούμενη εκ του διαγωνισμού βεβαίωση της κατασκευάστριας εταιρείας (κατόχου της άδειας κυκλοφορίας), έστω και μέσω των τρίτων αντιπροσώπων, οι οποίοι ωστόσο έχουν άμεση συνεργασία με την κατασκευάστρια εταιρεία. Ούτε όμως αποδείχθηκε από την επισκόπηση του φακέλου της υπόθεσης και λαμβάνοντας υπόψη ότι δεν έχει εκπνεύσει ακόμα η προθεσμία υποβολής προσφορών, αν δραστηριοποιούνται στη σχετική αγορά άλλοι οικονομικοί φορείς, οι οποίοι καίτοι βρίσκονται στην ίδια θέση με την προσφεύγουσα και δεν συνεργάζονται απευθείας με κάποια κατασκευάστρια εταιρεία, εντούτοις θα ήταν σε θέση, για λόγους που αφορούν αποκλειστικά αυτούς, να προμηθευτούν

μία τέτοια βεβαίωση και άρα να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό, υπό την ισχύουσα διατύπωση των όρων της διακήρυξης, διασφαλίζοντας παράλληλα και την επίτευξη επαρκούς ανταγωνισμού. Στην ίδια λογική, δεν προέκυψε από την ανάλυση της προσφεύγουσας, αν υφίσταται επαρκής αριθμός οικονομικών φορέων, που πράγματι συνεργάζεται απευθείας με κάποια ή κάποιες κατασκευάστριες εταιρείες και άρα θα ήταν ευχερές για αυτούς να λάβουν σχετική βεβαίωση και να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό, με τον επίμαχο όρο σε ισχύ, επιτυγχάνοντας τέτοιο εύρος ανταγωνισμού, ώστε να καλύπτεται και η απαίτηση του νομοθέτη για ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού στις διαγωνιστικές διαδικασίες του δημοσίου, σύμφωνα και με τη νομολογιακή θέση που αναπτύχθηκε ανωτέρω στις σκέψεις 12-15. Τέλος, κατά την κρίση του Κλιμακίου, είναι εξαιρετικά αβέβαιο και δεν πιθανολογείται ότι ενόψει και του κριτηρίου κατακύρωσης του συγκεκριμένου διαγωνισμού, που είναι αποκλειστικά η χαμηλότερη τιμή, ένας οικονομικός φορέας, ο οποίος προμηθεύεται τα προς προμήθεια υλικά του εν λόγω διαγωνισμού μέσω τρίτων συνεργαζόμενων θα είχε τη δυνατότητα να ανταγωνιστεί στην οικονομική του προσφορά τις τιμές που θα μπορούσε να προσφέρει ένα οικονομικός φορέας με άμεση εμπορική σχέση και συνεργασία με μια κατασκευάστρια εταιρεία, ιδίως στην περίπτωση που αυτός είχε κάποιας μορφής επίσημη συνεργασία μαζί της. Και υπό αυτή την έννοια, η προσφεύγουσα δεν υποστήριξε βάσιμα ότι πράγματι είναι προς εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος η απαλοιφή του προσβαλλόμενου όρου της διακήρυξης. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο μοναδικός λόγος προσφυγής κρίνεται απορριπτέος λόγω αοριστίας.

23. Επειδή, κατ' ακολουθίαν η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

24. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 του Ν. 4412/2016).

**Για τους λόγους αυτούς**

**Αριθμός Απόφασης: 359/2018**

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 8 Μαΐου 2018 και εκδόθηκε στις 9 Μαΐου 2018 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Μιχαήλ. Χ. Οικονόμου**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**Ανθούλα Νικολαΐδου**