

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 26^η Ιουλίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου - Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει την, από 16.06.2023, προδικαστική προσφυγή με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 909/19.06.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ν.π.δ.δ. με την επωνυμία ... Νοσοκομείο ... «...» (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται όπως ακυρωθούν, άλλως, τροποποιηθούν συγκεκριμένες τεχνικές προδιαγραφές του Παραρτήματος Ι της υπ' αριθμ. .../11.05.2023 διακήρυξης, που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με τίτλο: «ΑΝΑΔΕΙΞΗ ΑΝΑΔΟΧΩΝ ...», εκτιμώμενης αξίας 1.449.498,00 €, πλέον Φ.Π.Α 24%, κωδικός CPV: ..., με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής (συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ: ...).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Αν. Χαραλαμποπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ..., ποσού εξακοσίων (600,00) € αναλογούν παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του

Αριθμός απόφασης: 1283/2023

π.δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την, από 16.06.2023, προδικαστική προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ 909/19.06.2023, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Αρχής, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα προσβάλλει την ως άνω διακήρυξη, καθόσον η κατ' αυτής προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (γ) του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (γ) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη αναρτήθηκε στο σύστημα Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ και στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 23.05.2023.

4. Επειδή, η προσφεύγουσα, η οποία δραστηριοποιείται στο υπό ανάθεση αντικείμενο (συντήρηση ...), στρέφεται μετ' εννόμου συμφέροντος κατά των με αριθμ. Α.2., Α.4., Α.5. τεχνικών προδιαγραφών, που τέθηκαν στο Παράρτημα Ι «Τεχνικές Προδιαγραφές/Πίνακες Συμμόρφωσης» της ένδικης διακήρυξης, οι οποίες, ως υποστηρίζει, νοθεύουν και περιορίζουν τον ανταγωνισμό και εμποδίζουν την υποβολή παραδεκτής προσφοράς στον εν θέματι διαγωνισμό (βλ. και ΣτΕ 1259/2019), κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και του ελεύθερου ανταγωνισμού.

Σημειώνεται στο σημείο αυτό (βλ. αναλυτικότερα, σκέψη 11 της παρούσας), ότι σε περίπτωση άσκησης προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, προκειμένου να θεμελιώσει έννομο συμφέρον ο προσφεύγων πρέπει να επικαλεστεί, με την προβολή ειδικού ισχυρισμού, τη βλάβη του, η οποία στην περίπτωση μη συμμετοχής του στον διαγωνισμό, πρέπει να συνίσταται στον αποκλεισμό του από την διαγωνιστική διαδικασία (βλ., μεταξύ άλλων, ΣτΕ 31/2019). Περαιτέρω, ως επίκληση βλάβης, νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο προβολή παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά η επίκληση των συγκεκριμένων και αρκούντως εξειδικευόμενων (και τεκμηριωμένων, ενόψει των συνθηκών) στοιχείων, που αφορούν τη νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου

Αριθμός απόφασης: 1283/2023

ενδιαφερόμενου, εκ των οποίων, είτε αποκλείεται, είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή του στον διαγωνισμό, είτε προδιαγράφεται (άμεσα ή έμμεσα) εις βάρος του το αποτέλεσμα του, λόγω αδυναμίας του να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις, ανεξαρτήτως της μη συμμετοχής της στην ένδικη διαδικασία (ΣτΕ 1259/2019), ενώ περαιτέρω, εάν, εν συνεχεία, λάβει μέρος στον διαγωνισμό, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, η συμμετοχή του στον διαγωνισμό να συνοδεύεται από την διατύπωση επιφυλάξεως ως προς τη νομιμότητα του όρου ή των όρων της διακήρυξης από τους οποίους βλάπτεται (βλ. Ε.Α. 352/2018, 86/2018, ΔΕφαθ (Αναστ.) 44/2015, (Ασφ) 561/2013, ΣτΕ(ΕΑ) 314/2013, ΣτΕ (ΕΑ) 472/2012, ΣτΕ 1415/2008 Ολομ. κ.ά και, μεταξύ άλλων, αποφάσεις Α.Ε.Π.Π 578/2018, Α370/2019. Α129/2021 κλπ). Περαιτέρω, όπως ομοίως έχει κριθεί, κατά την έννοια των διατάξεων του ν. 4412/2016, εάν η ταχθείσα με τη διακήρυξη προθεσμία για την υποβολή προσφοράς ή αιτήσεως συμμετοχής έχει λήξει προτού εκδικασθεί η αίτηση παροχής προσωρινής προστασίας και ο αιτών δεν έχει λάβει μέρος στον διαγωνισμό, έστω με επιφύλαξη, το έννομο συμφέρον του προς άσκηση αιτήσεως αναστολής κατά της διακήρυξεως διατηρείται μόνον εφ' όσον προβάλλει ότι η διακήρυξη περιλαμβάνει όρο, ο οποίος αποκλείει παρανόμως τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό ή καθιστά ανέφικτη ή ουσιωδώς δυσχερή την εκ μέρους του υποβολή προσφοράς ή αιτήσεως συμμετοχής (βλ. ΣτΕ 1259/2019, 4606/2012, 1987/2011).

5. 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 σ' αυτόν των διαγωνιζομένων, των οποίων τα αγαθά δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές

Αριθμός απόφασης: 1283/2023

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 (ΣτΕ ΕΑ 124/2015, 9/2015, 354/2014). 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 (ΣτΕ 189/2015, ΕΑ 124/2015, 9/2015, 354/2014).

6. Επειδή, η θέσπιση με τη διακήρυξη προδιαγραφών, που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή απαραίτητες για την εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν μπορεί πάντα να ερείδεται επί του δικαιολογητικού λόγου ότι δεν παραβιάζει άνευ ετέρου τις 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 στο 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. Και τούτο διότι σε κάθε περίπτωση αφενός μεν, τα θεσπιζόμενα κριτήρια καταλληλότητας πρέπει να σχετίζονται με την ορθή και αποτελεσματική εκτέλεση της συγκεκριμένης σύμβασης, αφετέρου δε, τυχόν περιορισμοί στην πρόσβαση στο διαγωνισμό πρέπει να δικαιολογούνται και μάλιστα επαρκώς από κάποιο επιτακτικό λόγο γενικού συμφέροντος και να μην τελούν σε δυσαναλογία με τον επιδιωκόμενο σκοπό, δεδομένου ότι συνεπάγονται περιορισμό στην άσκηση των θεμελιωδών ελευθεριών του Δικαίου της Ένωσης (βλ. ΕΣ Τμ. Μείζονος Επταμελούς Σύθεσης 3065/2014, ΕΣ Τμ. Μείζονος - Επταμελούς Σύθεσης 6022/2015).

7. Επειδή, 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).

Αριθμός απόφασης: 1283/2023

8. Επειδή, ως έχει κριθεί, εάν μόνο συγκεκριμένες προδιαγραφές εξυπηρετούν αποτελεσματικά τις ανάγκες για την κάλυψη των οποίων τίθενται, νομίμως περιορίζεται ο κύκλος των διαγωνιζομένων εταιρειών, ως αναγκαία συνέπεια της επιλογής αυτής, έστω και εάν η επιλεγείσα κατηγορία των προς προμήθεια ειδών με τα συγκεκριμένα τεχνικά χαρακτηριστικά δεν προσφέρεται τη δεδομένη χρονική στιγμή από πλήθος εταιρειών (ΣΤΕ 1105/2010, ΕΑ ΣΤΕ 77/2011).

9. Επειδή, θεωρείται αιτιολογημένη η θέσπιση τέτοιων προδιαγραφών όταν η αναθέτουσα αρχή παραθέτει ικανά στοιχεία, σύμφωνα με τα οποία μόνον αυτές οι συγκεκριμένες προδιαγραφές εξυπηρετούν αποτελεσματικά τις ανάγκες για την κάλυψη των οποίων τίθενται (βλ. Ι. ΛΑΜΠΡΟΠΟΥΛΟ, «Διαδικασίες – Προσυμβατικός έλεγχος δημοσίων συμβάσεων», [http:// www. esdi. gr/ nex/ images/ stories/ pdf/ epimorfosi /2017/ lampropoulos_prosimbatikos.pdf](http://www.esdi.gr/nex/images/stories/pdf/epimorfosi/2017/lampropoulos_prosimbatikos.pdf)).

10. Επειδή, σύμφωνα με τα ως άνω διαλαμβανόμενα, οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν να αιτιολογούν τη θέσπιση τεχνικών προδιαγραφών που συνεπάγονται τον αποκλεισμό συμμετοχής στον διαγωνισμό με την παράθεση ειδικών αναγκών που επιδιώκουν να καλύψουν και με την τεχνική κρίση, ότι οι συγκεκριμένες αυτές ειδικές ανάγκες εξυπηρετούνται αποτελεσματικά μόνο από τις συγκεκριμένες τεχνικές προδιαγραφές.

11. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά, κατά την έννοια των διατάξεων του ν. 3886/2010, οι οποίες δεν έχουν μεταβληθεί εν προκειμένω με το παρόν νομοθετικό πλαίσιο (ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο σύστημα παροχής έννομης 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 του αναθέτοντος φορέως παράβαση των κανόνων οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της διακήρυξης ή τροποποιητικών της πράξεων,

Αριθμός απόφασης: 1283/2023

θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί βλάβη από όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει, κατά την άποψή του, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιαστικά δυσχερή την συμμετοχή του στον διαγωνισμό (ΕΑ ΣτΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β΄ έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756, ΣτΕ ΕΑ 16, 9/2015, 415/2014, 314/2013, 616, 472, 434/2012, 182/2011 κ.α). Με βάση τα ως άνω, σε περίπτωση που κάποιος προτίθεται να στραφεί κατά όρων διακήρυξης, θεωρώντας ότι παραβάσεις του νόμου την καθιστούν πλημμελή, θα πρέπει να επικαλεσθεί και να αποδείξει τη συγκεκριμένη ζημία που υφίσταται από τον όρο, τον οποίο θεωρεί μη νόμιμο και όχι σύμφωνο με τη νομοθεσία που διέπει τους διαγωνισμούς ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων.

12. Επειδή, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι άμεσο, και ατομικό/προσωπικό, με την έννοια ότι πρέπει να αφορά τον ενδιαφερόμενο προσωπικά και όχι ένα γενικό κύκλο προσώπων. Όσον αφορά τις κανονιστικές πράξεις «η προϋπόθεση για τη συνδρομή του προσωπικού εννόμου συμφέροντος συντρέχει όταν η προσβαλλόμενη κανονιστική ρύθμιση, θίγει συγκεκριμένες ελευθερίες ή δικαιώματα του αιτούντος, τα οποία κατοχυρώνονται από το Σύνταγμα και τους νόμους και των οποίων την πραγμάτωση επιδιώκει να αποκαταστήσει ο αιτών με την έκδοση της ακυρωτικής απόφασης» (Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σελ. 847).

13. 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 έννομου συμφέροντος. Δεν αρκεί, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται την ύπαρξη έννομου συμφέροντος για άσκηση της προσφυγής, αλλά απαιτείται η προσκόμιση και μάλιστα προαποδεικτικώς - ως ισχύει και στην ακυρωτική δίκη - των απαραίτητων για την απόδειξη αυτού στοιχείων (ΣτΕΟλομ. 4570/96, ΔΔικ

Αριθμός απόφασης: 1283/2023

1997/673, ΣΤΕ 3664/1998, Βλαδίμηρος Δ. Μωυσίδης, «Κώδικας Διοικητικής Δικονομίας», Κατ' άρθρο ερμηνεία – νομολογία, Εκδόσεις Σάκκουλα Α.Ε, 2017). Υφίσταται, περαιτέρω, στο πλαίσιο της μεν ακυρωτικής δίκης προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος, γεγονός που δεν καθιστά θεμιτή τη μεταγενέστερη προσαγωγή αποδεικτικών στοιχείων θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος ΣΤΕ 1393/2003), στη δε διαδικασία εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής το έννομο συμφέρον θα πρέπει να προαποδεικνύεται με την άσκησή της.

14. Επειδή, η οικεία αναθέτουσα αρχή απέστειλε το, από 26.07.2023, έγγραφο απόψεων σε σχέση με την υπό κρίση προσφυγή, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

15. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης, προκύπτουν τα εξής: Α) Στην προσβαλλόμενη γενική τεχνική προδιαγραφή με α/α Α.2. της διακήρυξης, προβλέπεται ότι: *«Α.2. Να καταθέσει σχετικές πιστοποιήσεις (νομικές εξουσιοδοτήσεις) από τον κατασκευαστικό Οίκο/Οίκους του εξοπλισμού από όπου να προκύπτει ότι ο ανάδοχος είναι εξουσιοδοτημένος να προβαίνει σε προληπτικές συντηρήσεις, επανορθωτικές ενέργειες - συντηρήσεις και γενικά να υποστηρίζει τεχνικά τον εν λόγω εξοπλισμό για την Ελλάδα.»*. Επίσης, στην προσβαλλόμενη γενική τεχνική προδιαγραφή με α/α Α.4. της διακήρυξης, ορίζεται ότι: *«Α.4. Να καταθέσει βεβαίωση του κατασκευαστικού Οίκου ότι θα διατίθενται στον Ανάδοχο άμεσα και απρόσκοπτα γνήσια ανταλλακτικά και εξαρτήματα ή και αναλώσιμα υλικά, αν απαιτείται, κατά την διάρκεια ισχύος της σύμβασης και τυχόν παρατάσεών της. Ο Ανάδοχος θα πρέπει να προσκομίσει υπεύθυνη δήλωση ότι θα τοποθετεί γνήσια ανταλλακτικά τα οποία θα συνοδεύονται τουλάχιστον από ετήσια εγγύηση. Σε κάθε άλλη περίπτωση πρέπει να υπάρχει επαρκής έγγραφη αιτιολόγηση.»*. Τέλος, στην προσβαλλόμενη γενική τεχνική προδιαγραφή με α/α Α.5. του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης, προβλέπεται ότι: *«Α.5. Να καταθέσει έγγραφο προερχόμενο από τον κατασκευαστικό Οίκο με το οποίο θα βεβαιώνεται ότι ο Οίκος θα παρέχει στον Ανάδοχο άμεση ενημέρωση και πλήρεις οδηγίες για αναβαθμίσεις και υποχρεωτικές τεχνικές παρεμβάσεις. Οι εργασίες αυτές θα περιλαμβάνονται στην προσφερόμενη συντήρηση.»*.

Αριθμός απόφασης: 1283/2023

Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι οι ανωτέρω τρεις (3) τεχνικές απαιτήσεις, στις οποίες ζητείται η υποβολή βεβαιώσεων περί της εξουσιοδότησης του υποψηφίου από τον κατασκευαστικό οίκο για τη διενέργεια προληπτικών συντηρήσεων και επανορθωτικών ενεργειών/συντηρήσεων στον εξοπλισμό, περί αναζήτησης γνήσιων ανταλλακτικών και εξαρτημάτων από τον κατασκευαστικό οίκο και περί διενέργειας αναβαθμίσεων και υποχρεωτικών τεχνικών παρεμβάσεων, υπό τις αναλυτικές οδηγίες του κατασκευαστικού οίκου (αντίστοιχα), δηλαδή η υποβολή βεβαιώσεων, οι οποίες θα έχουν εκδοθεί αποκλειστικά από τον κατασκευαστικό οίκο του προς συντήρηση εξοπλισμού της αναθέτουσας αρχής, παραβιάζουν καταφανώς την αρχή της αναλογικότητας, του υγιούς ανταγωνισμού και της διαφάνειας προς διασφάλιση της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων στους δημόσιους διαγωνισμούς. Κατά την άποψη της προσφεύγουσας, οι προσβαλλόμενοι όροι μη νομίμως έχουν ενσωματωθεί στο Παράρτημα Ι («Τεχνικές Προδιαγραφές/Πίνακες Συμμόρφωσης») της διακήρυξης (βλ. σελ. 54), καθότι δεν αποτελούν τεχνικές προδιαγραφές της υπό ανάθεση σύμβασης, ήτοι, δεν συναρτώνται προς τα χαρακτηριστικά της παρεχόμενης υπηρεσίας, αλλά κριτήρια ποιοτικής επιλογής των υποψηφίων, αφού αφορούν στους ίδιους τους οικονομικούς φορείς και πιο συγκεκριμένα, στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που θα πρέπει να διαθέτουν.

• Ως προς την προσβαλλόμενη προδιαγραφή με α/α Α.2., η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι: α) η τεχνική υποστήριξη του ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού θα πρέπει να υλοποιείται, σύμφωνα με τις έγκυρες και ανανεωμένες κατευθυντήριες οδηγίες του κατασκευαστικού οίκου, σχετικά με τις προληπτικές συντηρήσεις, τις επανορθωτικές ενέργειες/συντηρήσεις και με την αντιμετώπιση των τεχνικών θεμάτων εν γένει και β) οι βεβαιώσεις εκτέλεσης παρόμοιων υπηρεσιών δεν δύνανται να πιστοποιήσουν την τεχνογνωσία του αναδόχου σε σχέση με τα περίπλοκα ζητήματα τεχνικής υποστήριξης του επίμαχου εξοπλισμού, ως εσφαλμένα υπολαμβάνει η προσφεύγουσα, διότι μόνο ο κατασκευαστικός οίκος του εν λόγω εξοπλισμού είναι σε θέση να πιστοποιήσει ότι ο υποψήφιος ανάδοχος διαθέτει τη ζητούμενη τεχνική ικανότητα, λόγω των εξειδικευμένων εκπαιδευτικών προγραμμάτων που παρείχε σε αυτόν (κατάλληλη,

Αριθμός απόφασης: 1283/2023

μεθοδική, στοχευμένη και διαρκή τεχνική εκπαίδευση, χρήση ειδικού λογισμικού υποστήριξης, κλπ).

- Ως προς την προσβαλλόμενη προδιαγραφή με α/α Α.4., η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι η διατήρηση σε ισχύ του CE λειτουργίας του ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού, προϋποθέτει την χρήση γνήσιων ανταλλακτικών, εξαρτημάτων ή και αναλωσίμων υλικών και ως εκ τούτου, μόνο η υποβολή βεβαίωσης του κατασκευαστικού οίκου για το ότι θα διαθέσει (άμεσα και απρόσκοπτα) γνήσια ανταλλακτικά και εξαρτήματα στον ανάδοχο της προκείμενης υπηρεσίας συντήρησης, διασφαλίζει την υψηλή διαθεσιμότητα του εξοπλισμού, χωρίς να διακυβεύεται η ποιότητα και η ασφάλεια των παρεχόμενων υπηρεσιών προς τους ασθενείς.

- Ως προς την προσβαλλόμενη προδιαγραφή με α/α Α.5., η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι μόνο η υποβολή βεβαίωσης του κατασκευαστικού οίκου για το ότι θα παράσχει άμεση ενημέρωση και πλήρεις οδηγίες στον ανάδοχο τεχνικής υποστήριξης για τη διενέργεια αναβαθμίσεων και υποχρεωτικών τεχνικών παρεμβάσεων, διαφυλάσσει τόσο την αναθέτουσα αρχή, όσο και τους ασθενείς από σοβαρούς κινδύνους.

Β) Θα πρέπει καταρχάς να σημειωθεί ότι, κατά την έννοια της διάταξης του άρθρου 54 του ν. 4412/2016, οι τεχνικές προδιαγραφές προσδιορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά της υπό ανάθεση υπηρεσίας, ήτοι, συναρτώνται αποκλειστικά προς τα χαρακτηριστικά της ίδιας της παρεχόμενης υπηρεσίας και όχι προς τους όρους υπό τους οποίους αποκτήθηκε από τον προμηθευτή της (υποψήφιο ανάδοχο) ή προς τις ελάχιστες απαιτήσεις τεχνικής ικανότητας τις οποίες ο τελευταίος οφείλει να πληροί για την προσήκουσα εκτέλεση της υπό ανάθεση υπηρεσίας. Για τον λόγο, άλλωστε, αυτόν, στη διάταξη του άρθρου 54 παρ. 3 του ν. 4412/2016 υποδεικνύονται οι τρόποι διατύπωσης των τεχνικών προδιαγραφών, είτε ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, είτε με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και με σειρά προτεραιότητας, σε εθνικά πρότυπα που αποτελούν μεταφορά ευρωπαϊκών προτύπων, σε ευρωπαϊκές τεχνικές εγκρίσεις, σε κοινές τεχνικές προδιαγραφές, σε διεθνή πρότυπα, σε άλλα τεχνικά συστήματα αναφοράς που έχουν θεσπιστεί από ευρωπαϊκούς οργανισμούς

Αριθμός απόφασης: 1283/2023

τυποποίησης ή σε εθνικά πρότυπα, σε εθνικές τεχνικές εγκρίσεις ή σε εθνικές τεχνικές προδιαγραφές στον τομέα του σχεδιασμού, του υπολογισμού και της εκτέλεσης των έργων και της χρησιμοποίησης των αγαθών, σε κάθε δε περίπτωση χωρίς να περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που να χαρακτηρίζει τις υπηρεσίες που παρέχονται από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα. Κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 75 και 80 του ν. 4412/2016, πριν την ανάθεση της δημόσιας σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή μπορεί, κατά τα οριζόμενα στη διακήρυξη, να ενσωματώνει και στάδιο ποιοτικής επιλογής των υποψηφίων, όπου έχει τη δυνατότητα να ελέγχει και να αποκλείει εκείνους τους οικονομικούς φορείς που λαμβάνουν μέρος στη διαδικασία, χωρίς να διαθέτουν, μεταξύ άλλων, τα ελάχιστα απαιτούμενα επαγγελματικά προσόντα και την καταλληλότητα για την εκτέλεση της προς ανάθεση σύμβασης, ήτοι την ελάχιστη απαιτούμενη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα.

Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, δηλαδή στην ικανότητα του οικονομικού φορέα να εκτελέσει προσηκόντως τη σύμβαση, η αναθέτουσα αρχή μπορεί - κατά τα οριζόμενα στη διάταξη του άρθρου 75 παρ. 4 του ν. 4412/2016 - να επιβάλλει απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Στο πλαίσιο αυτό, η αναθέτουσα αρχή ελέγχει την κάλυψη των τιθέμενων στη διακήρυξη κριτηρίων που σχετίζονται με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, προσδιορίζοντας τα ανάλογα μέσα απόδειξης από αυτά που αναφέρονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016. Ειδικότερα, στη διάταξη του άρθρου 75 παρ. 4 του ν. 4412/2016 απαριθμούνται εξαντλητικά τα στοιχεία βάσει των οποίων η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αξιολογεί και να ελέγχει τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες των διαγωνιζομένων, αντιστοίχως δε στη διάταξη του άρθρου 80 παρ. 5 του ως άνω νόμου, καθιερώνεται ένα κλειστό σύστημα αξιολόγησης και ελέγχου της τεχνικής ικανότητας των διαγωνιζομένων, περιορίζοντας τα μέσα απόδειξης αυτής στα αναφερόμενα στο Μέρος II του

Αριθμός απόφασης: 1283/2023

Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016 και ως εκ τούτου, περιορίζοντας τις δυνατότητες της αναθέτουσας αρχής να καθορίζει τις αντίστοιχες απαιτήσεις τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας (βλ. ΔΕΕ, υπόθεση C-368/2010, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Βασιλείου των Κάτω Χωρών, υπόθεση C-76/1981, Transporouteettravaux κλπ).

Επίσης, στην κατευθυντήρια οδηγία 13/2016 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. ορίζεται ότι, σύμφωνα με τις αντίστοιχες διατάξεις της παλαιότερης οδηγίας 2004/18/ΕΚ, η ελάχιστη (κατά τα απαιτούμενα στη διακήρυξη) τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων αναδόχων συνίσταται στα ελάχιστα επίπεδα ικανοτήτων, εμπειρίας και προσόντων στα οποία πρέπει να ανταποκρίνεται ο διαγωνιζόμενος, προκειμένου να κριθεί ικανός για την εκτέλεση του αντικειμένου της υπό ανάθεση σύμβασης, στοιχεία τα οποία ο υποψήφιος ανάδοχος καλείται να αποδείξει με έναν από τους τρόπους που αναφέρονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' της οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Επομένως, σύμφωνα και με την ως άνω κατευθυντήρια οδηγία, τα μέσα απόδειξης της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας θα πρέπει να συμβαδίζουν με την αρχή της αναλογικότητας (ήτοι, να μπορεί από αυτά να προκύπτει αντικειμενικά η σχετική ικανότητα του υποψηφίου αναδόχου), να είναι προσαρμοσμένα στη σημασία της οικείας σύμβασης και να είναι πρόσφορα να οδηγήσουν σε διακρίβωση της τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων.

Γ) Από την επισκόπηση του Παραρτήματος I της εν θέματι διακήρυξης, προέκυψε ότι: i) η παροχή εξουσιοδότησης στον υποψήφιο από τον κατασκευαστικό οίκο ως προς τη διενέργεια προληπτικών συντηρήσεων και επανορθωτικών ενεργειών/συντηρήσεων στον επίμαχο εξοπλισμό, ii) η δυνατότητα του υποψηφίου να προμηθεύεται άμεσα γνήσια ανταλλακτικά, εξαρτήματα και αναλώσιμα και iii) η διενέργεια αναβαθμίσεων και υποχρεωτικών τεχνικών παρεμβάσεων, υπό τις αναλυτικές οδηγίες του κατασκευαστή, αποτυπώνονται στους προσβαλλόμενους με α/α Α.2., Α.4. και Α.5. όρους, ως ελάχιστα επιθυμητά προσόντα. Ωστόσο, τόσο το κριτήριο της προαναφερόμενης ειδικής εξουσιοδότησης του υποψηφίου συντηρητή, όσο και τα κριτήρια της άμεσης αναζήτησης και εξεύρεσης γνήσιων ανταλλακτικών και εξαρτημάτων,

Αριθμός απόφασης: 1283/2023

αλλά και της διενέργειας αναβαθμίσεων και τεχνικών παρεμβάσεων στον επίμαχο εξοπλισμό, αποτελούν στοιχεία που συνδέονται άμεσα με το πρόσωπο του υποψηφίου αναδόχου και όχι με την ίδια την παρεχόμενη υπηρεσία, με αποτέλεσμα οι απαιτήσεις αυτές να μην περιγράφονται ορθώς ως γενικές τεχνικές προδιαγραφές της υπό ανάθεση υπηρεσίας. Επομένως, οι ως άνω όροι με τους οποίους ζητείται από τον υποψήφιο συντηρητή να φέρει βεβαίωση/πιστοποιητικό για το ότι είναι εξουσιοδοτημένος από τον κατασκευαστή ως προς τη διενέργεια προληπτικών συντηρήσεων και επανορθωτικών ενεργειών-συντηρήσεων στον συγκεκριμένο εξοπλισμό, βεβαίωση για το ότι δύναται να λάβει (άμεσα και απρόσκοπτα) γνήσια ανταλλακτικά από τον κατασκευαστή και τέλος, βεβαίωση για το ότι δύναται να εκτελέσει αναβαθμίσεις και τεχνικές παρεμβάσεις, σύμφωνα με τις αναλυτικές οδηγίες του κατασκευαστή, εσφαλμένως τέθηκαν υπό τη μορφή τεχνικών προδιαγραφών της παρεχόμενης υπηρεσίας, υποκρύπτοντας προφανώς ένα κριτήριο ποιοτικής επιλογής και δη, την ελάχιστη απαιτούμενη τεχνική ικανότητα του υποψηφίου αναδόχου, του οποίου η απόδειξη δεν επιδιώκεται, εν προκειμένω, με τα αποδεικτικά μέσα του άρθρου 80 του ν. 4412/2016 και του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του ίδιου νόμου. Επίσης, η θέσπιση των επίμαχων απαιτήσεων, υπερβαίνει τα χαρακτηριστικά του αναγκαίου, κατάλληλου και πρόσφορου μέσου απόδειξης της τεχνικής ικανότητας σε σχέση με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, καθώς θα αρκούσαν και άλλοι τρόποι απόδειξης της απαιτούμενης τεχνικής ικανότητας, όπως για παράδειγμα, η πιστοποίηση των απαιτούμενων προσόντων του συντηρητή, ήτοι, η απόδειξη της προηγούμενης επαγγελματικής εμπειρίας/τεχνογνωσίας του με πιστοποιητικά/βεβαιώσεις ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης όμοιων υπηρεσιών κλπ, απορριπτομένων των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής, κατά τους οποίους, η μη τροποποίηση της αρχικής αδειοδοτημένης πιστοποίησης λειτουργίας (CE) του μηχανήματος και η μη πρόκληση κινδύνων για τους ασθενείς, τους χειριστές, το ιατρικό και το λοιπό προσωπικό διασφαλίζεται μόνο εάν ο υποψήφιος ανάδοχος είναι εξουσιοδοτημένος/πιστοποιημένος από τον κατασκευαστικό οίκο του εξοπλισμού.

Αριθμός απόφασης: 1283/2023

Από τα ανωτέρω αναφερόμενα συνάγεται σαφώς ότι, παρόλο που οι επίμαχες Α.2., Α.4. και Α.5 τεχνικές απαιτήσεις χαρακτηρίζονται ως «τεχνικές προδιαγραφές», αποτελούν εν τοις πράγμασι συγκεκαλυμμένα κριτήρια ποιοτικής επιλογής του υποψηφίου αναδόχου, καθώς και ότι για την απόδειξη του εν λόγω κριτηρίου ποιοτικής επιλογής, τίθενται προϋποθέσεις και μέσα απόδειξης που έρχονται σε αντίθεση με τις αρχές της αναλογικότητας και του υγιούς ανταγωνισμού μεταξύ των διαγωνιζομένων (βλ. και υπ' αριθμ. 503/2018 απόφαση Α.Ε.Π.Π., σκέψη 32). Μάλιστα, πρέπει να σημειωθεί ότι, επειδή ο αποκλειστικός διανομέας του επίμαχου εξοπλισμού, ενδεχομένως να συνιστά οικονομικό φορέα με δυνατότητα συμμετοχής στον επίμαχο διαγωνισμό (ήτοι, συνιστά δυνητικό ανταγωνιστή των τρίτων οικονομικών φορέων που επιθυμούν να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό), η θέσπιση των επίμαχων απαιτήσεων, ως αναλύθηκε ανωτέρω, περιορίζει υπέρμετρα τον ανταγωνισμό, εφόσον συνεπάγεται την αδικαιολόγητα ευνοϊκή μεταχείριση του συγκεκριμένου οικονομικού φορέα/διανομέα. Και τούτο, γιατί ο αποκλειστικός αυτός διανομέας είναι ο μόνος δυνάμενος μαζί με την κατασκευάστρια εταιρεία να χορηγήσει στους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς τη ζητούμενη βεβαίωση για το ότι είναι εξουσιοδοτημένος να διενεργεί προληπτικές συντηρήσεις και επανορθωτικές ενέργειες/συντηρήσεις στον συγκεκριμένο εξοπλισμό και να παρέχει εν γένει τεχνική υποστήριξη για τον εξοπλισμό αυτόν, η οποία, σημειωτέον, είναι απαραίτητη για το αποδεκτό της προσφοράς τους και αντιστρόφως, τυχόν δυνητικοί συμμετέχοντες, όπως εν προκειμένω η προσφεύγουσα, εξαρτούν τη συμμετοχή τους από τη συνδρομή και την παροχή βεβαίωσης από έναν ανταγωνιστή τους. Με βάση το σύνολο των προαναφερομένων, οι επίμαχες με αριθμ. Α.2., Α.4. και Α.5 τεχνικές απαιτήσεις του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης θα πρέπει να ακυρωθούν, γιατί τέθηκαν κατά παράβαση της ισχύουσας περί δημοσίων συμβάσεων νομοθεσίας, αλλά και των θεμελιωδών ενωσιακών αρχών της αναλογικότητας, της ίσης μεταχείρισης και του ελεύθερου ανταγωνισμού. Ως εκ τούτου, ο μοναδικός λόγος της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

Αριθμός απόφασης: 1283/2023

16. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή.

17. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, θα πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ 39/2017).

18. Επειδή, περαιτέρω, ενόψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης των προμηθευτών και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δημόσιας προμήθειας, σε περίπτωση, όπως η παρούσα, ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της διακήρυξης, που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών, όπως στην επίμαχη διακήρυξη, θα πρέπει να ακυρωθεί η διακήρυξη στο σύνολό της (πρβλ. ΣΤΕ 1135/2010, ΕΑ 1089/2009, ΣΤΕ 2951-52/2004 επταμ. και απόφαση ΔΕΕ της 4.12.2003, C-448/2001, ENV AG WienstromGmbH κ.λπ., σκέψεις 92-95). Συνεπώς, καθόσον είναι ακυρωτέοι ουσιώδεις όροι της επίμαχης διακήρυξης, οι οποίοι ρητώς και σαφώς έχουν τεθεί επί ποινή αποκλεισμού (βλ. Παράρτημα Ι: «Τεχνικές Προδιαγραφές/Πίνακες Συμμόρφωσης»), σύμφωνα με τα ως άνω προεκτεθέντα, η υπ' αριθμ. 6351/11.05.2023 διακήρυξη θα πρέπει να ακυρωθεί στο σύνολό της.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. .../11.05.2023 διακήρυξη ...Νοσοκομείου ... «...», που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με τίτλο: «ΑΝΑΔΕΙΞΗ ΑΝΑΔΟΧΩΝ ...» (συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ: ...), σύμφωνα με το σκεπτικό της παρούσας απόφασης.

Διατάσσει την επιστροφή του προσκομισθέντος παραβόλου, ποσού εξακοσίων (600,00) €.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 26 Ιουλίου 2023 και εκδόθηκε στις 15 Σεπτεμβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Αριθμός απόφασης: 1283/2023

Ο Πρόεδρος

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

Η Γραμματέας

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ