

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 13 Σεπτεμβρίου 2023, με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Μέλος- Εισηγήτρια, Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 04.08.2023, υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1203/07.08.2023, προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα, με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» (εφ' εξής η «προσφεύγουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά : «...» (εφ' εξής η «αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμό πρωτ. ... διακήρυξη.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά τον Νόμο

1.Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής προκύπτει, ότι καταβλήθηκε και δεσμεύθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, 2.661,29 € (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών, με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2.Επειδή, με την υπ' αριθμό πρωτ. ... διακήρυξη, προκηρύχθηκε ανοικτός δημόσιος διαγωνισμός για την «...» για τις ανάγκες του «...»,

συνολικής εκτιμώμενης αξίας 532.258,07 €, άνευ Φ.Π.Α. Σύμφωνα με το άρθρο 1.3 της διακήρυξης: «*Η σύμβαση θα ανατεθεί με το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, βάσει τιμής.*». Η ως άνω διακήρυξη δημοσιεύθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. στις 11.07.2023 και έλαβε ΑΔΑΜ ... , καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., υπό τον συστημικό αριθμό

3.Επειδή η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, ως εκ του αντικειμένου της, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης άνευ Φ.Π.Α. και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρ. 345 του ν. 4412/2016, η δε Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4.Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπροθέσμως στις 04.08.2023. Ειδικώς επί διακήρυξης, κατά το άρθρο 361 Ν. 4412/2016, η πλήρης γνώση, που αποτελεί αφετηρία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής, τεκμαίρεται από μόνη την πάροδο 15 ημερών από της δημοσίευσης στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ., εάν από κανένα στοιχείο δεν προκύπτει πλήρης γνώση σε προγενέστερο χρόνο (ΕΑ ΣτΕ 56/2020). Εν προκειμένω, η επίμαχη διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. στις 11.07.2023 και ως εκ τούτου, βάσει του προαναφερθέντος άρθρου, η τεκμαιρόμενη γνώση αυτής επήλθε στις 26.07.2023. Από 27.07.2023 εκκίνησε η 10ήμερη προθεσμία για την υποβολή προδικαστικής προσφυγής κατά της διακήρυξης, που έληγε κατά παρέκταση στις 07.08.2023. (δεδομένου ότι η 06^η.08.2023 ήταν Κυριακή και άρα εξαιρετέα).

5.Επειδή η αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 της παρ. 1 του Ν. 4412/2016, κοινοποίησε, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., την προσφυγή, στις 10.08.2023, στους συμμετέχοντες και θιγόμενους από τυχόν αποδοχή της, προκειμένου αυτοί να λάβουν γνώση και ν' ασκήσουν ενδεχομένως το δικαίωμα παρέμβασής τους.

6. Επειδή η αναθέτουσα Αρχή δεν υπέβαλε τις απόψεις της, σχετικά με την κρινόμενη προσφυγή.

7. Επειδή, με έννομο συμφέρον, κατ' αρχήν, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης διακήρυξης, επικαλούμενη παράλειψη, δια των προσβαλλόμενων όρων της διακήρυξης, εξασφάλισης συνθηκών υγιούς ανταγωνισμού ενώ αυτή (προσφεύγουσα) προτίθεται να συμμετάσχει στον υπό κρίση διαγωνισμό για τα επίμαχα είδη. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα, η οποία δεν έχει υποβάλει προσφορά στον εν θέματι διαγωνισμό, θεμελιώνει, κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής, ως ενδεχομένως βλαπτόμενη, δεδομένου ότι στρέφεται κατά όρων της διακήρυξης, οι οποίοι, κατά τους ισχυρισμούς της, προσκρούουν στο εθνικό και στο ενωσιακό δίκαιο και καθιστούν αδύνατη ή δυσχεραίνουν ουσιωδώς την συμμετοχή της στον διαγωνισμό, στον οποίο επιθυμεί να συμμετάσχει. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα δηλώνει ότι, αν και η επιχειρηματική της δραστηριότητα ταυτίζεται με το αντικείμενο της σύμβασης, ωστόσο, οι πληττόμενοι με την προσφυγή της όροι της διακήρυξης καθιστούν αδύνατη την συμμετοχή της στην προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία. Για την θεμελίωση της βλάβης της και του εννόμου συμφέροντός της για την προσβολή όρων της διακήρυξης αρκεί, κατ' αρχήν, η επίκληση, ότι ενδιαφέρεται να συμμετάσχει στον διαγωνισμό, με βάση το γεγονός, ότι δραστηριοποιείται επαγγελματικά στο αντικείμενο της δημοπρατούμενης σύμβασης (βλ. και ΑΕΠΠ 7ΜΕΛΟΥΣ 3/2018, σκ. 10). Δεν απαιτείται, αντίθετα, η επίκληση, πολλώ δε μάλλον η απόδειξη, πλήρωσης αναλυτικά όλων των κριτηρίων και προϋποθέσεων της διακήρυξης, απαίτηση, η οποία συνδέεται με επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας και η απόδειξη της οποίας, κατά το στάδιο προσβολής των όρων της διακήρυξης, θα είχε ως συνέπεια την πρόκληση ανυπέρβλητων εμποδίων στην επιδιωκόμενη προδικαστική προστασία.

8.Επειδή, στο άρθρο 54 Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 17 του Ν. 4782/2021, ορίζεται, 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. Τα χαρακτηριστικά αυτά μπορεί επίσης να αναφέρονται στη συγκεκριμένη διαδικασία ή μέθοδο παραγωγής ή παροχής των ζητούμενων έργων, αγαθών ή υπηρεσιών ή σε

ειδική διαδικασία άλλου σταδίου του κύκλου ζωής τους, ακόμη και αν οι παράγοντες αυτοί δεν αποτελούν μέρος της υλικής τους υπόστασης, υπό την προϋπόθεση ότι συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης και είναι ανάλογα με την αξία και τους σκοπούς της [...] 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, β) 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 τυποποίησης ή -όταν αυτά δεν υπάρχουν- 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, κάθε παραπομπή συνοδεύεται από τον όρο ή «ισοδύναμο», 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. 4. Οι τεχνικές προδιαγραφές, εκτός εάν δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, δεν περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που να χαρακτηρίζει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που παρέχονται από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα ούτε εμπορικού σήματος, διπλώματος ευρεσιτεχνίας, τύπων ή συγκεκριμένης καταγωγής ή παραγωγής που θα είχε

ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή ορισμένα προϊόντα. Η εν λόγω μνεία επιτρέπεται, κατ' εξαίρεση, όταν δεν είναι δυνατόν να γίνει επαρκώς προσδιορισμένη και κατανοητή περιγραφή του αντικείμενου της σύμβασης κατ' εφαρμογή της παρ. 3. Η εν λόγω μνεία συνοδεύεται από τον όρο «ή ισοδύναμο». 5. Όταν η αναθέτουσα αρχή χρησιμοποιεί τη δυνατότητα παραπομπής στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' της παρ. 3, δεν απορρίπτει προσφορά με την αιτιολογία ότι τα προσφερόμενα έργα, αγαθά ή οι υπηρεσίες δεν πληρούν τις τεχνικές προδιαγραφές στις οποίες έχει παραπέμψει, εφόσον ο προσφέρων αποδεικνύει στην προσφορά του, με κάθε ενδεδειγμένο μέσο, συμπεριλαμβανομένων των αποδεικτικών μέσων που αναφέρονται στο άρθρο 56, ότι οι λύσεις που προτείνει πληρούν κατά ισοδύναμο τρόπο τις απαιτήσεις που καθορίζονται από τις τεχνικές προδιαγραφές. 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, περί εκθέσεων δοκιμών, πιστοποίησης και άλλων αποδεικτικών μέσων, 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.». Κατά τ' ανωτέρω, οι τεχνικές προδιαγραφές, στο πλαίσιο μάλιστα του κριτηρίου ανάθεσης της πλέον συμφέρουσας προσφοράς με βάση αποκλειστικά την τιμή, τίθενται ως τα ελάχιστα εκείνα απαραίτητα τεχνικά χαρακτηριστικά του προϊόντος, τα οποία καθιστούν αυτό κατάλληλο για την σκοπούμενη, κατά το συμβατικό αντικείμενο και σκοπό, χρήση και δεν βαίνουν προς την κατεύθυνση θέσπισης αδικαιολόγητων διακρίσεων και ομοίως αδικαιολόγητων περιορισμών στον ανταγωνισμό.

9. Επειδή, εξ άλλου (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 39, 120, 209/2017), συνιστά ενωσιακή αρχή του δικαίου δημοσίων συμβάσεων, και δη μείζονος σημασίας, η αποφυγή κάθε ανοικτής ή και συγκεκριμενοποιημένης διάκρισης και περιορισμού της ελευθερίας ισότιμης συμμετοχής σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων εις βάρος ομάδας προμηθευτών ή έστω και μεμονωμένου προμηθευτή (πρβλ. ενδεικτικά ΔΕΕ, Απόφαση της 5ης Δεκεμβρίου 1989, C-3/88, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή 1989, σ. 4035, σκ. 8 και Απόφαση της 3ης Ιουνίου 1992, C360/89 Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή I-1992, σ. 3401, σκ. 11). Ως εκ τούτου, το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής επάρκειας του υπό προμήθεια προϊόντος, όπως αυτή επιτυγχάνεται και προσδιορίζεται δια των τεχνικών προδιαγραφών και η οποία απαιτείται για μια δεδομένη σύμβαση, πρέπει να είναι συνδεδεμένο και ανάλογο προς το αντικείμενο της σύμβασης. Τούτο σημαίνει, ότι θα πρέπει να λαμβάνεται μέριμνα, ώστε οι ελάχιστες απαιτήσεις να μην υπερβαίνουν τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης. Επομένως, το κατώτατο όριο της τεχνικής αυτής καταλληλότητας, και άρα το περιεχόμενο των τεχνικών προδιαγραφών, πρέπει να είναι προσαρμοσμένο στην σημασία της οικείας σύμβασης, υπό την έννοια, ότι πρέπει να συνίσταται στα αναγκαία και κατάλληλα εκείνα χαρακτηριστικά, για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς ωστόσο να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό (Βλ. ΕΑΑΔΗΣΥ, Κατευθυντήρια Οδηγία 13). Τ' ανωτέρω προκύπτουν και από το ότι η προαναφερθείσα διάταξη του άρ. 5 Ν. 4412/2016 θα πρέπει πάντα να εφαρμόζεται και να ερμηνεύεται υπό το πρίσμα της γενικής ρήτηρας της αναλογικότητας και της σχετικότητας των εν γένει κριτηρίων μιας διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης επιλογής, με το αντικείμενο της σύμβασης, σε αντιστοιχία εξ άλλου και με όσα αναλόγως ορίζονται στο άρ. 75 παρ. 1, περί κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, κατά το οποίο *«Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης»* και ιδίως *«Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης.»*, ενώ, εξ άλλου, τα ίδια προκύπτουν και από την συνδυαστική θεώρηση του άρ. 18

παρ. 1 Ν. 4412/2016 (βλ. και A.S. Graelis, Public Procurement and the EU Competition Rules (Hart 2015, 2η εκδ.) 6.II.A.vii).

10. Επειδή, όμως, όλα τ' ανωτέρω θα πρέπει πάντοτε να ερμηνεύονται με γνώμονα την αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού, η οποία εντός του πλαισίου του ενωσιακού δικαίου συνιστά πρωταρχικό πυλώνα της ασκούμενης δια των δημοσίων συμβάσεων οικονομικής δραστηριότητας και θεμελιακή αξία για τις διαδικασίες ανάθεσής τους. Τούτο προκύπτει εξ άλλου, αφ' ενός από την θέση των άρ. 101 επ. ΣΛΕΕ στο πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο, αφ' ετέρου από σωρεία προβλέψεων της οικείας Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, οι οποίες θέτουν τον, όχι απλώς ονομαστικό και θεωρητικό, αλλ' αποτελεσματικό, βιώσιμο και ουσιώδη ανταγωνισμό - (βλ. εν γένει περί «βιώσιμου» ανταγωνισμού ενδεικτικά σε ΔΕΕ, Απόφαση της 19ης Απριλίου 2012, C-549/10P TOMRA, Ψηφ. Συλλογή ECLI:EU:C:2012:221, ΠΕΚ Απόφαση της 17ης Σεπτεμβρίου 2007, T201/04 Microsoft, Συλλογή 2007, σ. II-3601, παρ. 436, Ευρωπαϊκή Επιτροπή, Απόφαση της 13ης Αυγούστου 2003, 2003/741/EK στην Υπόθεση COMP Αριθμός Απόφασης: 29/2018 12 D3/38.044-NDC Health/IMS Health: Interim Measures C(2003)2920, παρ. 15 περί βιώσιμου ανταγωνισμού) – θέτουν, λοιπόν, τον ανταγωνισμό αυτόν στο επίκεντρο - και ως συστατικό του πυρήνα- κάθε ειδικότερου κανόνα επί των δημοσίων συμβάσεων, άρα κάθε επιμέρους διαδικασίας και διάταξης (βλ. παρ. 1,7, 31, 32, 33, 36, 49, 50, 59, 61, 63, 69, 74, 78, 79, 90, 92 96 Προοιμίου και άρ. 24, 30, 32, 40, 41, 49, 57, 66, 67 Οδηγίας). Ειδικότερα, αυτό σημαίνει, ότι η ανωτέρω αρχή του αποτελεσματικού ανταγωνισμού θα πρέπει να διέπει την, κατά τα ως άνω, εφαρμογή του άρ. 54. Συγκεκριμένα, οι όποιες τεχνικές προδιαγραφές δεν θα πρέπει να φθάνουν σε τέτοιο επίπεδο, ώστε να περιορίζουν δραστικά τον ανταγωνισμό. Οι δε αρχές της σχετικότητας, αναλογικότητας και αντικειμενικής σύνδεσης των τεχνικών προδιαγραφών με το αντικείμενο και τον σκοπό της σύμβασης πρέπει ομοίως να ερμηνεύονται, υπό το ως άνω πρίσμα. Αυτά έχουν ως συνέπεια, μεταξύ άλλων, ότι τα όποια στοιχεία των τεχνικών προδιαγραφών, ακόμη και αν κατ' αρχήν παρίστανται ως θεμιτά, δεν θα πρέπει να διατυπώνονται με τρόπο τέτοιο, ώστε ν' αποκλείουν υποψηφίους αναδόχους, οι οποίοι υπό άλλη, ομοίως επαρκή, για την διασφάλιση της απαιτούμενης καταλληλότητας,

διατύπωση, θα μετείχαν, τονώνοντας κατ' αυτόν τον τρόπο τον ανταγωνισμό. Ούτως, οι προδιαγραφές πρέπει, εφ' όσον και εκ της φύσης τους, ανά περίπτωση, τούτο είναι δυνατό, να διατυπώνονται με γνώμονα τον συγκερασμό της επίτευξης του επιδιωκόμενου δι' αυτών αποτελέσματος με το μέγιστο άνοιγμα της διαδικασίας στον ανταγωνισμό ἄλλως, οι προδιαγραφές παρίστανται δυσανάλογες και μη αντικειμενικώς δικαιολογημένες.

11.Επειδή, περαιτέρω, η αναθέτουσα Αρχή κατ' αρχήν διαθέτει ελευθερία, ήτοι διακριτική ευχέρεια για την θέσπιση των τεχνικών προδιαγραφών των υπό προμήθεια αγαθών, σύμφωνα με την εκ μέρους της κρίση περί των επιθυμητών επιπέδων καταλληλότητας και του ειδικότερου, ήτοι δια επιμέρους τεχνικών προδιαγραφών, τρόπο επίτευξής τους. Περαιτέρω, δεν παραβιάζονται οι κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου, ότι κάποιες προδιαγραφές συνεπάγονται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστούν ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν των προμηθευτών, των οποίων τα αγαθά δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από την φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων. Πλην όμως, η ανωτέρω ευχέρεια, όπως κάθε μορφή διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας στο πλαίσιο της προσυμβατικής διαδικασίας, ελέγχεται ως προς την τυχόν εκ μέρους της κακή χρήση αυτής ή υπέρβαση των άκρων ορίων διακριτικής ευχέρειας (ΑΕΠΠ 187, 231/2017), ότι, δηλαδή, τα τιθέμενα εκ της διακήρυξης κριτήρια δεν θίγουν αδικαιολόγητα την αρχή της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και πρωτίστως του αποτελεσματικού ανταγωνισμού (ΑΕΠΠ 209/2017). Άρα, δεν είναι, άνευ ετέρου, παράνομος όρος διακήρυξης και επομένως και τεχνική προδιαγραφή για τον μόνο λόγο ότι απλώς περιορίζει τον ανταγωνισμό ἄ και τούτο, ακόμη και όταν η τεθείσα προδιαγραφή καθιστά κατ' αποτέλεσμα μόνο ένα οικονομικό φορέα ή ένα προϊόν ως δυνάμενο να μετάσχει στη διαδικασία παραδεκτώς. Αλλά, ο όποιος περιορισμός του ανταγωνισμού θα πρέπει να είναι και αδικαιολόγητος, ήτοι να μην συνδέεται βάσει αντικειμενικών κριτηρίων με το συμβατικό αντικείμενο. Αντίστροφα δε, δεν είναι δυνατόν ένας όρος να είναι άνευ ετέρου νόμιμος, επειδή απλώς υφίστανται περισσότερα προϊόντα ή οικονομικοί φορείς που μπορούν να τον καλύψουν. Αντίθετα, ένας τέτοιος όρος δύναται να είναι

παράνομος και δη ως αντιανταγωνιστικός, εφ' όσον, ακόμη και αν αποκλείει ένα μόνο προϊόν ή οικονομικό φορέα, είναι αδικαιολόγητος βάσει των ανωτέρω κριτηρίων. Εξ άλλου, η συντρέχουσα αρχή της ισότητας δεν εξαρτάται ως προς την τήρησή της από τον τυχόν αριθμό των αποκλεισμένων και των εν γένει υποκειμένων, τα οποία υφίστανται δυσμενή διάκριση (βλ. ΑΕΠΠ 29/2018 14 238/2017).

12.Επειδή η προσφεύγουσα, με την προσφυγή της, επικαλείται, ότι: «**II. Αναφορικά με τις τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης ως προς τα προσφερόμενα είδη** 12. Σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης (Α/Α Συστήματος:...), όπως αυτές ορίζονται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ 1 κεφάλαιο Α και ειδικότερα στην παρ. 3 (σελ. 58-59 της Διακήρυξης), ζητείται το σύνολο του προσφερόμενου εξοπλισμού, από το οποίο αποτελείται το υπό προμήθεια αναισθησιολογικό συγκρότημα, να είναι του ίδιου κατασκευαστικού οίκου, ενώ οι απαιτούμενες από τη διακήρυξη τεχνικές προδιαγραφές και δυνατότητες του αναισθησιολογικού σταθμού καλύπτονται μερικώς από πολλούς κατασκευαστές. 13. **Ενδεικτικά σας αναφέρουμε παρακάτω στοιχεία από την αγορά και τις εταιρίες οι οποίες θα μπορούσαν δυνητικά να προσφέρουν μέρος ή το σύνολο του εξοπλισμού, παρόλα αυτά αποκλείονται είτε λόγω ομοιογένειας είτε λόγω τεχνικών αποκλίσεων:** ... <https://www.....com/...gr/...> Διαθέτει το σύνολο του εξοπλισμού εκτός Ηλεκτρονικό διάγραμμα αναισθησίας ασθενούς το οποίο διαθέτει στην αγορά σε συνεργασία με την ... εταιρία ...<https://www.....com/el/gr/.../...> ...-... <https://www....gr/.../> Διαθέτει αναισθησιολογικά μηχανήματα ... και μόνιτορ Δεν είναι του ίδιου κατασκευαστικού οίκου. ... Διαθέτει το σύνολο του εξοπλισμού αλλά δεν πληροί την προδιαγραφή «Γ. Αναπνευστήρας 17. (σελ 60 της διακήρυξης)» καθώς δεν διαθέτει αναπνευστήρα τεχνολογίας φυσούνας ή τουρμπίνας αλλά... . <https://www.....com/...> .pdf 14. Ο περιοριστικός αυτός όρος που απαιτεί την προέλευση του προσφερόμενου εξοπλισμού από τον ίδιο κατασκευαστή σε συνδυασμό με τις προδιαγραφές των τεχνικών χαρακτηριστικών για το ηλεκτρονικό διάγραμμα αναισθησίας ασθενούς, όπως αυτοί ορίζονται στο κεφάλαιο ΣΤ του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Ι (σελ. 63 και 64 της Διακήρυξης) **περιγράφουν στο σύνολό τους μοντέλο αναπνευστήρα που μπορεί να**

προσφερθεί στην ... από συγκεκριμένο κατασκευαστικό οίκο, περιορίζοντας έτσι το πλαίσιο ευρείας συμμετοχής προμηθευτών όπως ορίζουν οι προαναφερόμενες διατάξεις του εθνικού και ενωσιακού δικαίου, που διέπουν μεταξύ άλλων και τις προμήθειες σε δημόσια Ειδικότερα **πληρούνται μόνο από τα μοντέλα του κατασκευαστικού οίκου ...** , στερώντας την δυνατότητα συμμετοχής προμηθευτών με σύγχρονους αναπνευστήρες διαφορετικών κατασκευαστικών οίκων. Προκαλείται με τον τρόπο αυτό τεχνητός περιορισμός του ανταγωνισμού αφού ναι μεν προβλέπεται πλήθος προδιαγραφών, έκαστη των οποίων είναι δυνατόν να πληρούται από περισσότερους προμηθευτές, πλην όμως οι προαναφερόμενες απαιτήσεις της Διακήρυξης όπως συνδυαστικά τίθενται, ευνοούν έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα και αποκλείουν όλες τις υπόλοιπες εταιρίες. Πρόκειται στην πραγματικότητα για φωτογραφική Διακήρυξη, που ευνοεί μόνο έναν προμηθευτή και αποκλείει όλους τους υπόλοιπους που δραστηριοποιούνται στην Ελλάδα στον συγκεκριμένο χώρο. 15. Η Διακήρυξη μάλιστα επιχειρεί ατυχώς να δικαιολογήσει τον αποκλεισμό του μεγαλύτερου μέρους των προμηθευτών του συγκεκριμένου είδους αναφέροντας: «Όλα τα ανωτέρω να είναι του ίδιου κατασκευαστικού οίκου για λόγους κλινικής ομοιογένειας, κοινού μενού χρήσης (...) για ευκολία εκμάθησης καθώς και για τη διασφάλιση ολοκληρωμένης τεχνικής υποστήριξης του συνόλου των συσκευών σύμφωνα με τις επιταγές του κατασκευαστή». Η αιτιολόγηση αυτή είναι εντελώς προσχηματική αφού αυτό που απαιτείται διεθνώς αλλά και από όλα τα ... της ... , που προβαίνουν συχνά σε ανάλογες προμήθειες, είναι να υπάρχει τεκμηριωμένη συμβατότητα μεταξύ των διάφορων επιμέρους τμημάτων των συσκευών, που απαρτίζουν το αναισθησιολογικό μηχάνημα και όχι υποχρεωτικά να προέρχονται από τον ίδιο κατασκευαστή, γεγονός που περιορίζει αδικαιολόγητα τον ελεύθερο ανταγωνισμό και ενδεχομένως οδηγεί σε οιονεί απευθείας ανάθεση, η οποία όμως δεν γίνεται με βάση τις προϋποθέσεις του άρθρου 32 του ν. 4412/2016. 16. **Σημειώνεται ότι δεν έχει διενεργηθεί διαβούλευση των ζητούμενων τεχνικών προδιαγραφών προκειμένου οι εταιρίες να μπορέσουν να καταθέσουν τις απόψεις τους με γνώμονα την ευρύτερη και ισόνομη συμμετοχή στον εν λόγω διαγωνισμό...».**

13. Επειδή, αναφορικά με τους λόγους της προσφυγής, λεκτέα τα κάτωθι. Κατ' αρχάς, στο «ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι- ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ» της διακήρυξης (σελ. 58,59) ορίζονται τα εξής: «Όλα τα ανωτέρω να είναι του ίδιου κατασκευαστικού οίκου για λόγους κλινικής ομοιογένειας, κοινού μενού χρήσης (...) για ευκολία εκμάθησης καθώς και για τη διασφάλιση ολοκληρωμένης τεχνικής υποστήριξης του συνόλου των συσκευών σύμφωνα με τις επιταγές του κατασκευαστή». Κατά δεύτερον, όπως έχει παγίως κριθεί, κατά την διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των υποψηφίων, πρέπει να τηρούνται βασικές αρχές που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως δε οι αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων μεταξύ των διαγωνιζομένων. Προς τούτο, τα κριτήρια επιλογής πρέπει να σχεδιάζονται κατά τρόπο, ώστε να μην περιορίζεται δυσανάλογα η συμμετοχή οικονομικών φορέων, να καθορίζεται με σαφήνεια το περιεχόμενό τους και να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα, ως προς το μέγεθος και την φύση τους, με το αντικείμενο της σύμβασης. Περαιτέρω, στην αιτιολογική σκέψη 2 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της οδηγίας 2004/18/ΕΚ (ΕΕ L 94, σ. 65), αναφέρεται, ότι: «... οι ισχύοντες κανόνες για τις δημόσιες προμήθειες που εγκρίθηκαν δυνάμει ... της οδηγίας ...2004/.../ΕΚ ..., θα πρέπει να αναθεωρηθούν και να εκσυγχρονιστούν, για να αυξηθεί η αποδοτικότητα των δημόσιων δαπανών, με τη διευκόλυνση ιδίως της συμμετοχής μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ) στις δημόσιες προμήθειες ... Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες προϋποθέσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να εξασφαλίζεται ότι ένας υποψήφιος ή προσφέρων διαθέτει τις νομικές και χρηματοοικονομικές δυνατότητες και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την εκτέλεση της προς ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης ...». Εν προκειμένω, οι ειδικότεροι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί «φωτογραφικού» όρου της διακήρυξης (ήτοι, ως προς τον κατασκευαστικό οίκο «...») είναι απορριπτέοι ως αόριστοι και αναπόδεικτοι. Τούτο, διότι δεν γίνεται προσκόμιση και

επίκληση στοιχείων προς απόδειξη της πραγματικής βάσης του ισχυρισμού τούτου, ίδια δε αποδεικτικά στοιχεία, από τα οποία να προκύπτει, ότι οι «φωτογραφιζόμενοι» φορείς, και μόνον αυτοί, εκπληρώνουν τους πληττόμενους όρους και προδιαγραφές (ad hoc ΣΤΕ ΕΑ 836, 125/2010), ενώ, σε κάθε περίπτωση, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από την νομολογία, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, ότι οι πληττόμενοι όροι είναι φωτογραφικοί υπέρ μόνο μιας ή μερικών συγκεκριμένων -ακόμη δε και- κατονομαζόμενων εταιρειών, δεν αρκεί για να θεωρηθεί, ότι οι προδιαγραφές είναι «φωτογραφικές» (ad hoc ΔΕφαθ 296/2013, 885/2012 (ασφ.), ΣΤΕ ΕΑ 676/2011, 836/2010). Περαιτέρω, οι επίμαχες απαιτήσεις της αναθέτουσας Αρχής, που συναρτώνται προς τον σκοπό της προμήθειας, παρά τ' αντιθέτως προβαλλόμενα από την προσφεύγουσα, παρίστανται επαρκώς αιτιολογημένες, καθ' όσον προκύπτει από την λεκτική διατύπωση των επίμαχων τεχνικών προδιαγραφών, αναφορικά με το πρόσφορο και αναγκαίο των εν λόγω τεχνικών προδιαγραφών, ότι αυτές εξυπηρετούν αποτελεσματικότερα την συγκεκριμένη ως άνω αναφερόμενη ανάγκη της αναθέτουσας, για λόγους κλινικής ομοιογένειας, κοινού μενού χρήσης (...) για ευκολία εκμάθησης καθώς και για την διασφάλιση ολοκληρωμένης τεχνικής υποστήριξης του συνόλου των συσκευών (πρβλ ΑΕΠΠ 619/2018). Σημειωτέον, ότι η αδυναμία συμμετοχής της προσφεύγουσας στον διαγωνισμό, λόγω του ότι το προϊόν/τα προϊόντα, που προτίθεται να προσφέρει, δεν πληροί/ούν συνδυαστικά την ως άνω απαίτηση, δεν παραβιάζει, αυτή και μόνο, άνευ ετέρου, τους κανόνες του ανταγωνισμού, δεδομένου ότι από την φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα, αμφισβητώντας την σκοπιμότητα και αναγκαιότητα των επίμαχων προδιαγραφών, επιχειρεί να προσδιορίσει τα τεχνικά χαρακτηριστικά του επίμαχου είδους, με βάση τις δικές της ανάγκες και με δικά της κριτήρια, διάφορα από αυτά που η Διοίκηση, κατ' εκτίμηση των αναγκών της αναθέτουσας, όπως αυτές προκύπτουν ως αναγκαίες από την διακήρυξη, έθεσε. Συνεπώς, οι σχετικοί ισχυρισμοί είναι απορριπτέοι ως απaráδεκτοι, δεδομένου ότι με αυτούς αμφισβητείται η ανέλεγκτη περί των αναγκών και κριτηρίων τεχνική κρίση (Ε.Α. ΣΤΕ 1140/2010, 238/2009, 201/2007 κ.α.). Τέλος, απορριπτέοι, ως αόριστοι, είναι οι ειδικότεροι

ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί διαβούλευσης, ενώ άλλωστε στο άρθρο 46 του Ν. 4412/2016, με τίτλο «Προκαταρκτικές διαβουλεύσεις της αγοράς - Εξουσιοδοτική διάταξη (άρθρο 40 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)», ορίζεται, ότι: «1. Πριν από την έναρξη μίας διαδικασίας σύναψης σύμβασης, **οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να διεξάγουν διαβουλεύσεις με την αγορά**, προκειμένου να προετοιμάσουν τη διαδικασία σύναψης σύμβασης και να ενημερώνουν τους οικονομικούς φορείς για τα σχέδια και τις απαιτήσεις τους όσον αφορά στις συμβάσεις. Για τον σκοπό αυτόν, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ζητούν ή να δέχονται συμβουλές ανεξάρτητων εμπειρογνομόνων ή αρχών ή συμμετεχόντων της αγοράς. Οι εν λόγω συμβουλές μπορούν να χρησιμοποιούνται για τον σχεδιασμό και τη διεξαγωγή της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, εφόσον οι εν λόγω συμβουλές δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη στρέβλωση του ανταγωνισμού και την παραβίαση των αρχών της αποφυγής των διακρίσεων και της διαφάνειας...». Τέλος, απορριπτέο τυγχάνει το αίτημα της προσφεύγουσας, να τεθούν σε δημόσια διαβούλευση οι τεχνικές προδιαγραφές και να επαναπροκηρυχθεί η διακήρυξη. Τούτο, διότι, σύμφωνα με την διάταξη του άρθρου 367 παρ. 1 και 2 ν. 4412/2016 και του άρθρου 18 παρ. 4 του ΠΔ 39/2017, το ανωτέρω αίτημα εκφεύγει της αρμοδιότητας της ΑΕΠΠ, ήδη ΕΑΔΗΣΥ, η οποία αρμοδιότητα αφορά αποκλειστικώς στην ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης. Εν όψει όλων των ανωτέρω, οι λόγοι της προσφυγής είναι απορριπτέοι.

14.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

15.Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέβαλε η προσφεύγουσα, κατά τις διατάξεις των άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Αριθμός Απόφασης: 1363 /2023

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 13 Σεπτεμβρίου 2023 και εκδόθηκε στις 2 Οκτωβρίου 2023 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ