

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 23 Μαρτίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει την, από 16.02.2023, προδικαστική προσφυγή με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 210/16.02.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

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

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. .../2022 διακήρυξη (ΑΔΑΜ: ...), που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με τίτλο: «ΕΤΗΣΙΑ ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ... (CPV: ...)», εκτιμώμενης αξίας 210.800,00€, συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24%, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (συστημικός αριθμός ΕΣΗΔΗΣ: ...).

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

Αριθμός απόφασης: 543/2023

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την, από 16.02.2023, προδικαστική προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ 210/16.02.2023, 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 της αναθέτουσας αρχής αναρτήθηκε στο σύστημα ΚΗΜΔΗΣ και στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 26.01.2023.

4. Επειδή, η προσφεύγουσα, η οποία δραστηριοποιείται στο υπό ανάθεση αντικείμενο (συντήρηση μηχανημάτων τεχνητού νεφρού) και ισχυρίζεται ότι παρεμποδίζεται, άλλως, δυσκολεύεται ουσιωδώς όπως υποβάλλει παραδεκτή προσφορά στο τμήμα 1 του εν θέματι διαγωνισμού, λόγω της θέσπισης όρων στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης, που παραβιάζουν τον ν. 4412/2016 και έρχονται σε αντίθεση με τις θεμελιώδεις αρχές της ισότητας των διαγωνιζομένων, του υγιούς ανταγωνισμού και της αναλογικότητας, θεμελιώνει καταρχάς άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής (βλ. αναλυτικά, σκέψη 7 της παρούσας). Επισημαίνεται στο σημείο αυτό, ότι το έννομο συμφέρον αφορά κάθε νομική ή πραγματική κατάσταση που αναγνωρίζεται από το δίκαιο και από την οποία ο αιτών βάσει ενός ιδιαίτερου δεσμού αντλεί ωφέλεια, η οποία θίγεται από την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη (Γλυκερία Π. Σιούτη, «Το έννομο συμφέρον στην αίτηση ακύρωσης», Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1998, σελ. 23). Ειδικότερα, όσον αφορά στην προσφυγή κατά όρων διακήρυξης, ο προσφεύγων πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον 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 (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣτΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, «Δίκαιο Δημοσίων

Αριθμός απόφασης: 543/2023

Συμβάσεων», Β΄ έκδοση, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2017, σελ. 756). Επισημαίνεται ότι, 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 αρκούτως εξειδικευόμενων (και τεκμηριωμένων, ενόψει των συνθηκών) στοιχείων, που αφορούν τη νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου 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 του 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).

5. Επειδή, η οικεία αναθέτουσα αρχή απέστειλε το με αριθμ. πρωτ. .../01.03.2023 έγγραφο απόψεων σε σχέση με την υπό κρίση προσφυγή, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

6. Επειδή, στις 07.03.2023 η προσφεύγουσα υπέβαλε εμπροθέσμως υπόμνημα, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε και ισχύει, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

7. Επειδή, κατά τα παγίως γεγόμενα δεκτά, κατά την έννοια των διατάξεων του Ν. 3886/2010, η οποία δεν έχει μεταβληθεί εν προκειμένω με το παρόν νομοθετικό πλαίσιο (Ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο με τον νόμο αυτόν 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 πιθανολογούμενη εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής παράβαση των κανόνων, οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, την διαδικασία

Αριθμός απόφασης: 543/2023

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, 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 ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή του στον διαγωνισμό (ΕΑ 16, 9/2015, 415/2014, 314/2013. 616, 472, 434/2012, 182/2011 κ.α.). Σε περίπτωση, που ο αιτών τελικώς μετάσχει στο διαγωνισμό με επιφύλαξη και προσβάλλει με την προδικαστική του προσφυγή συγκεκριμένο όρο της διακηρύξεως, προβάλλοντας ότι ο όρος αυτός είναι παράνομος, διότι τον αποκλείει ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό, έχει έννομο συμφέρον για προσβολή του εν λόγω όρου, μόνον εφόσον προβάλλει ειδικούς ισχυρισμούς ότι, παρά το γεγονός ότι υπέβαλε προσφορά στον διαγωνισμό, ενδέχεται να υποστεί ζημία από τον όρο αυτό της Διακηρύξεως (ΣΤΕ (Ασφ) 124/2015, ΕΑ 16/2015, 415/2014, 718, 616/2012 κ.ά). Με βάση τα ως άνω, σε περίπτωση που κάποιος προτίθεται να στραφεί κατά όρων διακήρυξης, θεωρώντας ότι 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 των δημοσίων συμβάσεων.

8. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης, προκύπτουν τα εξής: Α) Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι οι προσβαλλόμενες τεχνικές προδιαγραφές του Παραρτήματος Ι («Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού Αντικείμενου της Σύμβασης - Τεχνικές Προδιαγραφές και οικονομικό αντικείμενο της Σύμβασης» είναι μη νόμιμες, κατά το μέρος που απαιτούν απόδειξη πιστοποίησης ή εμπειρίας συντήρησης, αλλά και δυνατότητας απρόσκοπτης προμήθειας ανταλλακτικών αποκλειστικά για τα συγκεκριμένα μηχανήματα που διαθέτει το υπόψη ... (...). Όπως ειδικότερα επισημαίνει η προσφεύγουσα, τα αποδεικτικά μέσα που ζητούνται στους επίμαχους όρους του Παραρτήματος Ι δεν περιλαμβάνονται

Αριθμός απόφασης: 543/2023

στα εξαντλητικώς απαριθμούμενα μέσα απόδειξης του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016 (βλ. αποφάσεις ΑΕΠΠ 124/2017, 154/2017, 503/2018, 558/2018, 230/2019, Α249/2019, 1069/2020), προς υποστήριξη δε των σχετικών ισχυρισμών της, παραπέμπει στα άρθρα 75 και 80 του ν. 4412/2016, καθώς και στην κατευθυντήρια οδηγία 13 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. Μάλιστα, η προσφεύγουσα αναφέρει χαρακτηριστικά ότι, κατά την ανάθεση συμβάσεων για τη συντήρηση ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού, τα ... δεν απαιτούν πελατολόγιο με λίστα ιδιωτικών ή δημόσιων φορέων, με τους οποίους ο συντηρητής έχει συνάψει σύμβαση παροχής υπηρεσιών συντήρησης σε μηχανήματα ίδια με αυτά της αναθέτουσας αρχής, ως καταχρηστικώς προβλέπεται στην ένδικη διακήρυξη, ούτε απαιτούν να δηλώνεται η εμπειρία στην παροχή υπηρεσιών συντήρησης με πιστοποιητικά εκπαίδευσης ή βεβαιώσεις εμπειρίας, που να αφορούν σε συγκεκριμένη κατηγορία μηχανημάτων (όπως έπραξε το υπόψη ...), αλλά απαιτούν υποβολή καταλόγου συμβάσεων τριετίας «παρόμοιου εξοπλισμού» ή «συναφών μηχανημάτων», ή «σχετικών μηχανημάτων» «ίδιου ή παρόμοιου εξοπλισμού», «σχετικών με τη ζητούμενη υπηρεσία» ή απλώς «κατάλογο των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία» κλπ, ώστε όχι μόνο να μην περιορίζεται ο ελεύθερος ανταγωνισμός, αλλά και να ενισχύεται η συμμετοχή των μικρομεσαίων επιχειρήσεων, ως επιτάσσει η Ευρωπαϊκή Ένωση. Β) Στους προσβαλλόμενους όρους των τεχνικών προδιαγραφών ορίζεται ότι: *«Είναι απαραίτητη η αποδεδειγμένη εμπειρία και ικανότητα του συντηρητή σε μηχανήματα ίδιου τύπου με αυτά του ... μας. Να κατατεθούν οι παρακάτω βεβαιώσεις ή πιστοποιητικά: 1. Πιστοποιητικά εκπαίδευσης των Τεχνικών και του Συντηρητή για τα μηχανήματα του ... από την Κατασκευάστρια Εταιρεία. Εναλλακτικά θα γίνουν δεκτές βεβαιώσεις από την Τεχνική Υπηρεσία ενός τουλάχιστον Δημόσιου Φορέα στην οποία θα αποδεικνύεται η άρτια εκτέλεση εργασιών συντήρησης (μέσω σύμβασης) σε ίδια μηχανήματα σαν και αυτά του Νοσοκομείου μας για τα οποία επιδιώκει να συνάψει σύμβαση συντήρησης. 2. Υπεύθυνη Δήλωση του συντηρητή στην οποία να δηλώνεται η εμπειρία του στη συντήρηση, αλλά και η δυνατότητά του για απρόσκοπτη και έγκαιρη προμήθεια ανταλλακτικών, όταν αυτά απαιτηθούν, για τα μηχανήματα για τα οποία επιδιώκει σύμβαση. 3. Πελατολόγιο με λίστα Ιδιωτικών ή Δημοσίων φορέων με τους οποίους ο*

Αριθμός απόφασης: 543/2023

συντηρητής έχει συνάψει σύμβαση συντήρησης για μηχανήματα ίδια με του ... μας...».

Η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι στον πρώτο εκ των προσβαλλόμενων όρων νομίμως τέθηκε (εναλλακτικά) η δυνατότητα υποβολής, είτε πιστοποιητικού εκπαίδευσης των τεχνικών και του συντηρητή από την κατασκευάστρια εταιρεία σε μηχανήματα ίδια με αυτά που διαθέτει το Νοσοκομείο, είτε βεβαίωσης παροχής υπηρεσιών συντήρησης στα ως άνω μηχανήματα από την τεχνική υπηρεσία τουλάχιστον ενός δημόσιου φορέα, από την οποία θα αποδεικνύεται η άρτια εκτέλεση των σχετικών εργασιών μέσω σύμβασης. Ειδικότερα κατά τους ισχυρισμούς της, η θέσπιση της εναλλακτικής αυτής δυνατότητας συνάδει με τις διατάξεις του ν. 4412/2016 και τις θεμελιώδεις ενωσιακές αρχές που διέπουν τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και επομένως, ο επίμαχος όρος - που προβλέπει εναλλακτικούς τρόπους απόδειξης της απαιτούμενης εκπαίδευσης και εμπειρίας - είναι θεμιτός για την επίτευξη του σκοπού που επιδιώκεται και δεν υπερβαίνει τα χαρακτηριστικά του αναγκαίου, κατάλληλου και πρόσφορου μέσου απόδειξης της τεχνικής ικανότητας σε σχέση με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης. Τέλος, η αναθέτουσα αρχή επισημαίνει ότι η προσφεύγουσα επικαλείται πλήθος αποφάσεων της Αρχής, οι οποίες, ωστόσο, έκριναν επί προγενέστερων προσφυγών που υπέβαλε η εν λόγω εταιρεία, με τις οποίες στρεφόταν κατά όρων διακηρύξεων που δεν προέβλεπαν εναλλακτική δυνατότητα προσκόμισης βεβαίωσης παροχής σχετικών υπηρεσιών από την τεχνική υπηρεσία τουλάχιστον ενός δημόσιου φορέα, όπως εν προκειμένω. Γ) Ωστόσο, ανεξαρτήτως του γεγονότος ότι στην ένδικη διακήρυξη προβλέπεται εναλλακτικά, είτε η υποβολή του ανωτέρω πιστοποιητικού εκπαίδευσης, είτε της προαναφερόμενης βεβαίωσης παροχής υπηρεσιών συντήρησης μηχανημάτων τεχνητού νεφρού, πρέπει να σημειωθεί ότι και τα δύο (2) προβλεπόμενα μέσα απόδειξης αφορούν αποκλειστικά σε κτηθείσα πιστοποίηση ή σε κτηθείσα επαγγελματική εμπειρία στα συγκεκριμένα μηχανήματα που διαθέτει το υπόψη ... (...) και όχι σε κτηθείσα εμπειρία παροχής υπηρεσιών συντήρησης σε συναφή μηχανήματα, όπως έπρεπε. Επισημαίνεται στο σημείο αυτό, ότι 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

Αριθμός απόφασης: 543/2023

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 ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ 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 (ΔΕΕ, υπόθεση C-368/2010, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Βασιλείου των Κάτω Χωρών, ΔΕΚ, υπόθεση C-76/1981, Transporoute et travaux).

Περαιτέρω, από το περιεχόμενο της κατευθυντήριας οδηγίας 13/2016 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ, προκύπτει ότι, κατά τις αντίστοιχες διατάξεις της πρώην ισχύουσας οδηγίας 2004/18/ΕΚ, η ελάχιστη 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 ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α της οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Για τον λόγο αυτόν, άλλωστε, σύμφωνα με την ως άνω κατευθυντήρια οδηγία, τα μέσα απόδειξης της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας 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.

Στην υπό εξέταση υπόθεση, ο προσβαλλόμενος όρος αποτυπώνεται ως ελάχιστο επιθυμητό προσόν. Όμως, το κριτήριο της ειδικής εκπαίδευσης και επαγγελματικής εμπειρίας των τεχνικών και του συντηρητή αποτελεί στοιχείο που συνδέεται άμεσα με το πρόσωπο του υποψηφίου αναδόχου και όχι με την ίδια την παρεχόμενη υπηρεσία, με αποτέλεσμα η απαίτηση αυτή να μην περιγράφεται ορθώς ως γενική τεχνική προδιαγραφή της υπό ανάθεση υπηρεσίας. Επομένως, δοθέντος ότι προς απόδειξη της φερόμενης ως άνω «τεχνικής προδιαγραφής», ο υποψήφιος ανάδοχος θα πρέπει να υποβάλλει πιστοποιητικό εκπαίδευσης από τον κατασκευαστικό οίκο ή βεβαίωση

Αριθμός απόφασης: 543/2023

παροχής σχετικών υπηρεσιών από την τεχνική υπηρεσία τουλάχιστον ενός δημόσιου φορέα, συνάγεται ότι ο όρος αυτός τέθηκε εσφαλμένως υπό τη μορφή τεχνικής προδιαγραφής της παρεχόμενης υπηρεσίας, υποκρύπτοντας προφανώς ένα κριτήριο ποιοτικής επιλογής και δη, την ελάχιστη απαιτούμενη τεχνική ικανότητα του υποψηφίου αναδόχου, του οποίου ωστόσο η απόδειξη δεν επιδιώκεται, εν προκειμένω, με τα αποδεικτικά μέσα του άρθρου 80 του Ν. 4412/2016 και του Μέρους II («Τεχνική ικανότητα») του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του ίδιου νόμου. Ειδικότερα, στο άρθρο 80 «Αποδεικτικά μέσα (άρθρο 60 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παρ. 2, 4 και 5 και στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α', ως απόδειξη της μη ύπαρξης λόγων αποκλεισμού, όπως αναφέρονται στα άρθρα 73 περί λόγων αποκλεισμού, και 74 περί αποκλεισμού οικονομικού φορέα από δημόσιες συμβάσεις, και της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 και 76...».

Εξάλλου, στο Μέρος II του Παραρτήματος XII προβλέπεται ότι: «Αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα, που αναφέρονται στο άρθρο 75: α) οι ακόλουθοι κατάλογοι: i) κατάλογος των εργασιών που εκτελέστηκαν την τελευταία πενταετία, κατά μέγιστο όριο, συνοδευόμενος από πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης των σημαντικότερων εργασιών· όπου κριθεί απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών εργασιών που εκτελέστηκαν πριν από την τελευταία πενταετία, ii) κατάλογος των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη. Όπου κριθεί απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών αγαθών ή υπηρεσιών που παραδόθηκαν ή εκτελέστηκαν πριν από την τελευταία τριετία· β) αναφορά του τεχνικού προσωπικού ή των τεχνικών υπηρεσιών, είτε ανήκουν απευθείας στην επιχείρηση του οικονομικού φορέα είτε όχι, ιδίως των υπευθύνων για τον έλεγχο της ποιότητας και, όταν πρόκειται

Αριθμός απόφασης: 543/2023

για δημόσιες συμβάσεις έργων, εκείνων που θα έχει στη διάθεσή του ο εργολήπτης για την εκτέλεση του έργου· για την εκτέλεση του έργου·...».

Από τα ανωτέρω αναφερόμενα συνάγεται σαφώς ότι η επίμαχη απαίτηση υπερβαίνει τα χαρακτηριστικά του αναγκαίου, κατάλληλου και πρόσφορου μέσου απόδειξης της τεχνικής ικανότητας του υποψηφίου σε σχέση με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, αποκλείοντας εκ των προτέρων άλλους τρόπους απόδειξης της προηγούμενης επαγγελματικής εμπειρίας/τεχνογνωσίας του με πιστοποιητικά συντήρησης συναφών μηχανημάτων, που επιτελούν τον ίδιο σκοπό, δηλαδή την αιμοκάθαρση. Επομένως, ο επίμαχος όρος του Παραρτήματος Ι, αν και χαρακτηρίζεται ως «τεχνική προδιαγραφή», αποτελεί συγκεκαλυμμένο κριτήριο ποιοτικής επιλογής του υποψηφίου αναδόχου, για την απόδειξη του οποίου δεν γίνεται επίκληση στα μέσα απόδειξης που προβλέπει η διάταξη του άρθρου 80 του ν. 4412/2016 και κατ' επέκταση, το Μέρος ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α' του ίδιου νόμου, αλλά αντιθέτως, χρησιμοποιούνται προϋποθέσεις και μέσα απόδειξης που τίθενται κατά παράβαση των αρχών της αναλογικότητας και του υγιούς ανταγωνισμού μεταξύ των διαγωνιζομένων. Καταληκτικά, η οικεία αναθέτουσα αρχή, κατά παράβαση της κείμενης νομοθεσίας, που αναφέρεται γενικώς σε κατάλογο σχετικών αγαθών ή υπηρεσιών που παραδόθηκαν ή εκτελέστηκαν και όχι απολύτως εξειδικευμένα σε συμβάσεις παροχής υπηρεσιών συγκεκριμένου τύπου μηχανημάτων, έθεσε αδικαιολόγητα εμπόδια στους οικονομικούς φορείς που έχουν εκτελέσει παρόμοιες συμβάσεις συντήρησης, ήτοι, που διαθέτουν παρόμοια τεχνική εμπειρία και εξειδίκευση, κατά παράβαση της θεμελιώδους αρχής του ανόθευτου ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων. Με βάση τα προαναφερόμενα και λαμβανομένου υπόψη ότι τα κριτήρια επιλογής, ακόμη και αν καταρχήν παρίστανται ως θεμιτά, δεν θα πρέπει να διατυπώνονται με τρόπο τέτοιο, ώστε να αποκλείουν υποψηφίους αναδόχους, οι οποίοι, υπό άλλη, ομοίως επαρκή διατύπωση για τη διασφάλιση της απαιτούμενης ικανότητας, θα μετείχαν, τονώνοντας τον ανταγωνισμό (βλ. μεταξύ άλλων Α492/2020 και 1610/2021 αποφάσεις ΑΕΠΠ), οι σχετικές αιτιάσεις της προσφεύγουσας θα πρέπει να γίνουν δεκτές.

• Ως προς τον δεύτερο προσβαλλόμενο όρο, βάσει του οποίου απαιτείται η προσκόμιση: «Υπεύθυνης Δήλωσης του συντηρητή στην οποία να

Αριθμός απόφασης: 543/2023

δηλώνεται η εμπειρία του στη συντήρηση, αλλά και η δυνατότητά του για απρόσκοπτη και έγκαιρη προμήθεια ανταλλακτικών, όταν αυτά απαιτηθούν, για τα μηχανήματα για τα οποία επιδιώκει σύμβαση», η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι η προσφεύγουσα προσβάλλει τον όρο αυτόν άνευ εννόμου συμφέροντος, καθώς ως αναφέρεται στην προσφυγή, αφενός μεν, διαθέτει εμπειρία 46 ετών στη συντήρηση τέτοιων μηχανημάτων, αφετέρου δε, έχει ήδη προμηθευτεί και διατηρεί μεγάλο στοκ γνήσιων, καινούργιων και αμεταχειριστων ανταλλακτικών για τα μηχανήματα ... «...». Ωστόσο, όπως αποδεικνύεται από έγγραφα που υποβλήθηκαν μαζί με την κρινόμενη προσφυγή: α) η προσφεύγουσα διαθέτει μεγάλη πείρα σε εργασίες συντήρησης μηχανημάτων ..., αλλά και στοκ γνήσιων ανταλλακτικών για τα μηχανήματα «...», που αφορούν σε έτερα τμήματα του διαγωνισμού και όχι στο επίμαχο τμήμα 1 του διαγωνισμού και β) λόγω στεγανοποίησης της αγοράς συντήρησης και ανταλλακτικών «...», δεν κατέστη δυνατό να αγοράσει τα επίμαχα ανταλλακτικά από τον εν λόγω κατασκευαστικό οίκο. Και τούτο, διότι ο μοναδικός αντιπρόσωπος του ως άνω οίκου στην Ευρώπη, όπως και άλλοι αποκλειστικοί διανομείς των μηχανημάτων ... «...» και των ανταλλακτικών τους, αρνήθηκαν να της προμηθεύσουν τα ζητούμενα ανταλλακτικά, με το αιτιολογικό ότι η εταιρεία «...» είναι ο αποκλειστικός διανομέας του εν λόγω κατασκευαστικού οίκου στην Ελλάδα. Επομένως, δοθέντος, ότι η προαναφερομένη εταιρεία: i) είναι ο αποκλειστικός διανομέας των επίμαχων μηχανημάτων «...» στην Ελλάδα και ii) συνιστά οικονομικό φορέα με δυνατότητα συμμετοχής στο τμήμα 1 του διαγωνισμού, ήτοι, συνιστά δυνητικό ανταγωνιστή των οικονομικών φορέων που επιθυμούν να συμμετάσχουν στο τμήμα αυτό, η θέσπιση του προσβαλλόμενου όρου περιορίζει υπέρμετρα τον ανταγωνισμό, καθόσον, συνεπάγεται την αδικαιολόγητα ευνοϊκή μεταχείριση της ως άνω εταιρείας. Και τούτο, γιατί η «...» είναι η μόνη δυνάμενη μαζί με την κατασκευάστρια εταιρεία να χορηγήσει στους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς την οικεία βεβαίωση απρόσκοπτης προμήθειας ανταλλακτικών, που είναι απαραίτητη για το αποδεκτό της προσφοράς τους και αντιστρόφως, τυχόν δυνητικοί συμμετέχοντες, όπως εν προκειμένω η προσφεύγουσα, εξαρτούν τη συμμετοχή τους αυτή από τη συνδρομή ενός ανταγωνιστή τους. Εν όψει των

Αριθμός απόφασης: 543/2023

ανωτέρω, οι σχετικές αιτιάσεις της προσφεύγουσας θα πρέπει να γίνουν δεκτές.

• Τέλος, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι ο τρίτος προσβαλλόμενος όρος, βάσει του οποίου ζητείται να προσκομιστεί «3. Πελατολόγιο με λίστα Ιδιωτικών ή Δημοσίων φορέων με τους οποίους ο συντηρητής έχει συνάψει σύμβαση συντήρησης για μηχανήματα ίδια με του ... μας...», τέθηκε στην εν θέματι διακήρυξη, επειδή κρίθηκε αναγκαίος για τη διασφάλιση της άριστης και απρόσκοπτης συντήρησης των μηχανημάτων ... και συνεπακόλουθα, της αξιόπιστης λειτουργίας τους, όπως αναφέρεται και στο με αριθ. πρωτ. .../28.02.2023 έγγραφο της επιτροπής σύνταξης τεχνικών προδιαγραφών. Ωστόσο, ανεξαρτήτως του γεγονότος ότι ο υπόψη διαγωνισμός αφορά στη συντήρηση ιδιαίτερης κατηγορίας μηχανημάτων, ήτοι, ... μηχανημάτων ..., η αναθέτουσα αρχή ουδόλως επεξηγεί στις απόψεις της για ποιον λόγο ο συγκεκριμένος όρος, αποσκοπεί στην καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της. Ειδικότερα, στις απόψεις της αναθέτουσας αρχής δεν περιλαμβάνεται πλήρης, ειδική και επαρκής αιτιολογία ως προς την αναγκαιότητα θέσπισης του επίμαχου όρου, αλλά γίνεται απλώς μια γενική και αόριστη αναφορά στην σπουδαιότητα των μηχανημάτων ... και στην ανάγκη διαφύλαξης της αξιοπιστίας τους για λόγους δημόσιας υγείας, χωρίς, όμως, να παρατίθενται οι ειδικότεροι επιμέρους λόγοι για τους οποίους, κατά την κρίση της, τα μηχανήματα «...», που αφορούν στο τμήμα 1 του διαγωνισμού, δύναται να συντηρηθούν επαρκώς και ορθώς μόνον από τους οικονομικούς φορείς που διαθέτουν εμπειρία στα συγκεκριμένα μηχανήματα και όχι σε έτερα αντίστοιχα η παρόμοια μηχανήματα ..., ήτοι, για ποιον λόγο απαιτείται η θέσπιση της προσβαλλόμενης προδιαγραφής, προκειμένου να εκτελεσθεί επιτυχώς η υπό ανάθεση υπηρεσία.

Εξάλλου, παρόλο που, κατά πάγια νομολογία, 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

Αριθμός απόφασης: 543/2023

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 (ΣΤΕ ΕΑ 201/2017, 124/2015, 9/2015, 354/2014) – ωστόσο, ελέγχονται 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 303/2020, 124/2015, 9/2015, 415/2014, 354/2014, 3719/2011, 676/2011 κλπ). Εν όψει των ανωτέρω, η θέσπιση του επίμαχου όρου παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού, διότι όπως προαναφέρθηκε κατά την εξέταση του 1^{ου} προσβαλλόμενου όρου, προκειμένου η αναθέτουσα αρχή να προβεί στον έλεγχο των τιθέμενων στη διακήρυξη κριτηρίων που σχετίζονται με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, θα πρέπει να ζητήσει τα ανάλογα μέσα απόδειξης, ως αυτά αναφέρονται εξαντλητικά στο Μέρος ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016. Δεδομένου δε ότι, κατά το ως άνω Παράρτημα, οι υποψήφιοι θα πρέπει να υποβάλλουν κατάλογο των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία (κατά μέγιστο όριο) με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη και όχι λίστα ιδιωτικών ή δημοσίων φορέων με τους οποίους ο συντηρητής έχει συνάψει σύμβαση για τη συντήρηση μηχανήματων, που είναι ακριβώς τα ίδια με αυτά που διαθέτει το συγκεκριμένο ..., ο τρίτος προσβαλλόμενος όρος, ως είναι διατυπωμένος, ισοδυναμεί με άρνηση των ευεργετικών συνεπειών που απορρέουν από τον θεμιτό ανταγωνισμό και συνεπώς, με αυτόματο αποκλεισμό μεγάλου αριθμού υποψηφίων. Με βάση τα προαναφερθέντα, οι σχετικές αιτιάσεις του προσφεύγοντος θα πρέπει να γίνουν δεκτές.

9. Επειδή τέλος, ενόψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών (όπως στην υπό κρίση διακήρυξη), ή τα κριτήρια υπολογισμού της πλέον συμφέρουσας προσφοράς, θα πρέπει να ακυρωθεί η διακήρυξη στο σύνολό της (βλ. ΣΤΕ 1135/2010, ΣΤΕ ΕΑ 1089/2009, ΣΤΕ 2951-52/2004, ΔΕΕ, απόφαση της 04.12.2003, υπόθεση

Αριθμός απόφασης: 543/2023

C448/2001, ENVAG Wienstrom GmbH κ.λ.π, σκέψεις 92-95), ώστε να δοθεί η δυνατότητα σε οικονομικούς φορείς που δεν είχαν επιδείξει ενδιαφέρον εξαιτίας της αρχικής της μορφής, να υποβάλουν προσφορές μετά την τροποποίησή της. Συνεπώς, σύμφωνα με τα προαναφερόμενα, η εν θέματι διακήρυξη πρέπει να ακυρωθεί στο σύνολό της

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

11. 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).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. .../2022 διακήρυξη (ΑΔΑΜ: ...), που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού του ... «...», με τίτλο: «ΕΤΗΣΙΑ ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ... (CPV: ...)», κατά τα αναφερόμενα ειδικότερα στο σκεπτικό της παρούσας απόφασης.

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

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 23 Μαρτίου 2023 και εκδόθηκε στις 11 Απριλίου 2023, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ