

H

ΑΡΧΗ ΕΞΈΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 14 Νοεμβρίου 2017 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος, Αγγελική Πουλοπούλου - Εισηγήτρια και Σταυρούλα Κουρή, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 27.10.2017 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/193/30-10-2017 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) VI/31/30-10-2017 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία

..... νομίμως εκπροσωπουμένου.

Κατά του αναθέτοντα φορέα με την επωνυμία

..... και της με αρ. Διακήρυξης για την ανάθεση
; και κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία
..... νομίμως εκπροσωπουμένου.

Με την προδικαστική προσφυγή ο αιτών ζητά να ματαιωθεί ο ηλεκτρονικός ανοικτός τακτικός διαγωνισμός που διακηρύχθηκε με τη με αρ. Διακήρυξη για την ανάθεση

; (CPV) και να απαλειφθεί ο όρος 1, σελ. 50 της διακήρυξης, κατά το σκέλος του, με το οποίο ο ανάδοχος ζητά να διαθέτει εκτός των άλλων πιστοποιημένους από τον κατασκευαστικό οίκο τεχνικούς.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Αγγελική Πουλοπούλου

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέψη κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 απαιτούμενο παράβολο, (σχ. το με στοιχεία ειδικό έντυπο παραβόλου) ποσού 798,43€.

2. Επειδή, η από 27.10.2017 Προσφυγή στρέφεται κατά εκτελεστής πράξεως και συγκεκριμένα διακήρυξης δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού ανάθεσης σύμβασης κάτω των ορίων (CPV ...) με προϋπολογισμό 159.686,29 ευρώ άνευ ΦΠΑ και ειδικό προϋπολογισμό επίδικης Ομάδας 6 για την οποία υποβάλλεται η προσφυγή 44.612,10 ευρώ άνευ ΦΠΑ, που δημοσιεύτηκε στο ΕΣΗΔΗΣ την 20-10-2017 με συστημικό α/α και στο ΚΗΜΔΗΣ την 20-10-2017 με Μοναδικό ΑΔΑΜ

. Επομένως, η Προσφυγή υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και του χρόνου δημοσίευσης στο ΚΗΜΔΗΣ στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' άρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Επιπλέον, η Προσφυγή είναι εμπροθέσμως ασκηθείσα κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (γ) (εν προκειμένω, προκύπτει δηλούμενος εκ του προσφεύγοντος χρόνος πλήρους γνώσης η 26-10-2017), ενώ ο προσφεύγων χρησιμοποίησε το κατ' άρ. 8 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 τυποποιημένο έντυπο, το οποίο νομίμως υπογράφηκε από τον νόμιμο εκπρόσωπό του. Ο δε οποίο νομίμως υπογράφηκε από τον νόμιμο εκπρόσωπό του. Ο δε Προσφεύγων, έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της ως Προσφυγής, αφού με την ιδιότητά του ως επιχείρηση δραστηριοποιούμενη στον εν γένει κλάδο που αφορά το αντικείμενο της επίμαχης διακήρυξης, συνιστά προδήλως ενδιαφερόμενο προς ανάθεση σε αυτόν της συγκεκριμένης συμβάσεως, ενώ αυτονόητα θίγεται από τους προσβαλλόμενους με την Προσφυγή του όρους της Διακήρυξης, διότι, όπως ο ίδιος δηλώνει, δεν θα τους πληροί και δεν θα δύναται να προσκομίσει τα οικεία δικαιολογητικά και έτσι θα αποκλειστεί από τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό. Ο δε παρεμβαίνων ομοίως εμπρόθεσμα και νομότυπα άσκησε την από 09.11.2017 την παρέμβαση του, ομοίως υπογεγραμμένη εκ του

νομίμου εκπροσώπου του και εντός της κατ' άρ. 362 παρ. 3 Ν. 4412/2016 προθεσμίας, έχει δε έννομο συμφέρον για αυτήν ως ομοίως ενδιαφερόμενος για συμμετοχή στον διαγωνισμό, υπό την ιδιότητά της απασχολούμενης στο ίδιο αντικείμενο επιχείρηση, η οποία ευνοείται από τον επίμαχο όρο του οποίου την ακύρωση αιτείται ο νυν προσφεύγων (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 14/2017). Επομένως, τόσο η Προσφυγή όσο και η Παρέμβαση πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξετασθούν περαιτέρω κατά την ουσία τους.

3. Επειδή, ο προσφεύγων αιτείται τη ματαίωση του διαγωνισμού και την επαναπροκήρυξή του και την ακύρωση του όρου 1, σελ. 50 της διακήρυξης, επί τη βάσει του ότι αντίκειται στον Ν. 4412/2016 και το ενωσιακό δίκαιο και δη το άρ. 48 αυτού, αφού, κατά τον προσφεύγοντα, ζητά μη επιτρεπόμενα πιστοποιητικά και δη από κατασκευαστές που μετέχουν οι ίδιοι στη διαγωνιστική διαδικασία, ανταγωνιζόμενοι τρίτες προς αυτούς επιχειρήσεις, στις οποίες συγκαταλέγεται και ο ίδιος. Τονίζει δε, ότι ο ανταγωνισμός στην αγορά είναι ήδη εξασθενημένος και ότι ο νέος αποκλειστικός διανομέας ανταλλακτικών της κατασκευάστριας εταιρείας και νυν ανταγωνιστής του προσφεύγοντος αρνείται την πώληση ανταλλακτικών στον τελευταίο. Περαιτέρω ο προσφεύγων, όπως αναγράφεται στο δικόγραφο της προσφυγής επί λέξει «όλως επικουρικώς αναφέρεται» στον όρο 1.2, σελ. 16, που ζητά σήμανση CE για τα προϊόντα του συμβατικού αντικειμένου, υποστηρίζοντας ότι ο εν λόγω όρος θα έπρεπε να απαλειφθεί επί τη βάσει του ότι το συμβατικό αντικείμενο αφορά υπηρεσίες επισκευής και συντήρησης ιατρικού εξοπλισμού και όχι προμήθεια υλικών, ενώ τα όποια ανταλλακτικά απαιτηθούν για την τυχόν επισκευή και συντήρηση δεν συνιστούν ιατροτεχνολογικά προϊόντα. Πλην όμως, όπως προκύπτει από ενδελεχή έλεγχο του δικογράφου αυτού, στο εκτενές και αναλυτικό αιτητικό που περιλαμβάνει στο σημείο 11 του προδιατυπωμένου εντύπου, εξαιρεί και δεν περιλαμβάνει οτιδήποτε σχετικό με τον ως άνω όρο 1.2, σελ. 16 της διακήρυξης και δεν ζητά την ακύρωσή του. Και ναι μεν το Κλιμάκιο έχει μια καταρχήν δυνατότητα να συναγάγει το αντικείμενο της προσφυγής κατ' εκτίμηση και ερμηνεία του συνολικού περιεχομένου του δικογράφου (Απόφαση ΑΕΠΠ 120/2017), πλην όμως η δυνατότητα αυτή αυτονόητα

περιορίζεται από την ίδια τη θετική ή αρνητική βούληση του διαδίκου να συμπεριλάβει στο εκ του ίδιου αιτούμενο προς ακύρωση αντικείμενο το ανά περίπτωση ειδικότερο προσβαλλόμενο κεφάλαιο της εν γένει προσβαλλομένης πράξης. Στην ειδικότερη δε περίπτωση, όπως εν προκειμένω, που ο προσφεύγων αναφέρεται «επτικουρικά» και χωρίς ειδικό αίτημα να ακυρωθεί κεφάλαιο της προσβαλλομένης, καίτοι ο ίδιος συμπεριέλαβε αναλυτικό αιτητικό με εξειδίκευση των προσβαλλομένων κεφαλαίων και ανακεφαλαίωση αυτών, οι γενικές και αόριστες μνείες περί του ότι συγκεκριμένος όρος «πρέπει να απαλειφθεί» από τη διακήρυξη ή της γενικόλογης και αόριστης εντός του αιτητικού αναφοράς «να βάλουν επιτέλους φραγμό στις φωτογραφικές διατάξεις που παρανόμως εμφυτεύονται κάθε τόσο στους δημόσιους διαγωνισμούς, οδηγώντας τις μικρομεσαίες ανταγωνίστριες επιχειρήσεις και την κοινωνία στην εξαθλίωση», δεν αρκούν για να καταγνωσθεί πως το Κλιμάκιο δύναται καθ' ερμηνεία του δικογράφου να υπεισέλθει στην εξέταση νομιμότητας του όρου αυτού, καθώς το κατ' άρ. 367 παρ. 1 και 2 σε συνδυασμό με άρ. 360 Ν. 4412/2016 αντικείμενο της ακυρωτικής του αρμοδιότητας δεν μπορεί να επεκταθεί αυτεπαγγέλτως σε μη ρητώς και σε κάθε περίπτωση μετά απολύτου σαφήνειας προκύπτοντα ως προβαλλόμενα, επιμέρους κεφάλαια της προσβαλλομένης. Προς τούτο, οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος περί του όρου 1.2, σελ. 16 της Διακήρυξης, δεν δύνανται να ληφθούν εν προκειμένω υπόψη και να τύχουν της κατ' άρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016 εκτιμήσεως εκ μέρους του Κλιμακίου, καθώς αφορούν μη προσβαλλόμενο κεφάλαιο της Διακήρυξης.

4. Επειδή ο παρεμβαίνων ζητά την απόρριψη της προσφυγής με τα επιχειρήματα ότι η αναθέτουσα αρχή έχει την κάταρχήν ευχέρεια διαμόρφωσης των τεχνικών προδιαγραφών και κριτηρίων που διασφαλίζουν την υλοποίηση του συμβατικού αντικειμένου, συμπεριλαμβανομένων όσων σκοπούν στη διασφάλιση της τεχνικής καταλληλότητας του αντισυμβαλλομένου. Περαιτέρω, ισχυρίζεται ότι η συντήρηση και επισκευή των επίμαχων ιατροτεχνολογικών προϊόντων, θα πρέπει να είναι σύμφωνη με τις οδηγίες του κατασκευαστή και να τελεί υπό την εποπτεία του, εξασφαλίζοντας την ενημέρωσή του για τυχόν προβλήματα, να λαμβάνει

χώρα από ειδικά εκπαιδευμένο προσωπικό με την τίρηση γραπτών διαδικασιών περιγραφής των οικείων εργασιών που ενδέχεται να επηρεάσουν την ποιότητα και ασφάλεια των προϊόντων κατά τη διανομή, παραλαβή, αποθήκευση και συντήρηση αυτών και ότι όσον αφορά τον συγκεκριμένο κατασκευαστικό οίκο των μηχανημάτων που αφορά η επίμαχη διακήρυξη κατά το προσβαλλόμενο σκέλος της, αυτός επισημαίνει ότι οι μηχανικοί τεχνικής υποστήριξης θα πρέπει να έχουν πιστοποίηση με ισχύ κατά μέγιστο τριών ετών, ώστε να έχουν πρόσβαση στις τελευταίες ενημερώσεις, εργαλεία και όργανα που είναι απαραίτητα για την καλύτερη δυνατή λειτουργία των μηχανημάτων.

5. Επειδή η αναθέτουσα στις απόψεις που υπέβαλε επί της προδικαστικής προσφυγής περιέλαβε την με αρ. πρωτ. 35548/3-11-2017 Γνωμάτευση του Δικηγόρου στην οποία αναφέρονται τα εξής: «Σε ότι αφορά τον όρο 1 σελ. 50 της διακήρυξης (3/2015) ορθώς επισημαίνεται από την προσφεύγουσα ότι το σκέλος αυτού που απαιτεί «πιστοποιημένους από τον κατασκευαστικό οίκο τεχνικούς», είναι αντίθετο με την Ευρωπαϊκή Οδηγία 2014/24/ΕΕ και με τον Ν. 4412/8-8-2016 που την ενσωμάτωσε, καθώς επίσης και με το άρθρο 48 της οδηγίας 18/2004, καθώς και στο όμοιο άρθρο 46 του ΠΔ 60/2007 που την ενσωμάτωσε στην Ελληνική έννομη τάξη, αφού με τον όρο αυτό η κατασκευάστρια εταιρεία καθίσταται αυτομάτως σε πλεονεκτική θέση έναντι του ανταγωνισμού καθώς δύναται να ρυθμίζει αυτή μέσω της παροχής καταλλήλου εκπαιδεύσεως, ποιες εταιρείες θα μετέχουν στον σχετικό διαγωνισμό δημιουργώντας άνισες συνθήκες. Ούτω προτείνεται η απαλοιφή του σχετικού σκέλους του όρου 1, σελ. 50 της διακήρυξης (3/2015), που συνίσταται αυτολεξεί στην πρόταση «...και πιστοποιημένους από τον κατασκευαστικό οίκο τεχνικούς». Σε ότι αφορά τον όρο 1.2 Τεχνική Προσφορά, σελ. 16 της διακήρυξης () επίσης ορθώς επισημαίνεται από την προσφεύγουσα ότι ο ανωτέρω όρος αφορά σε προμήθεια υλικών και δεν έχει καμία σχέση με την ένδικη διακήρυξη, που αφορά σε παροχή υπηρεσιών, καθόπι είναι αντίθετος με την έννοια του Νόμου που χαρακτηρίζει τις δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών (ΠΔ 60/2007 άρθρο 2

παρ. 2δ). Ούτω προτείνεται η απαλοιφή του σχετικού όρου 1.2, σελ. 16 της διακήρυξης (3/2015).».

6. Επειδή, όσον αφορά τα περαιτέρω της προσφυγής και παρέμβασης υπομνήματα εκατέρωθεν αμφοτέρων των διαδίκων παρατηρούνται τα κάτωθι (πρβλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 133/2017): όπως εκρίθη από τη ΣτΕ Ε' Τμ. (Γνμδ.) 51/2017 (πέραν του ότι σκοπός της ΑΕΠΠ είναι να παρέχει ταχύ και αποτελεσματικό έλεγχο των δημοσίων συμβάσεων, δηλαδή των συμβάσεων έργου, υπηρεσιών και προμηθειών κατά το άρ. 2 παρ. 1 περ. 5 Ν. 4412/2016, βλ. σημ. 3 Απόφασης ΣτΕ), ενώπιον της ΑΕΠΠ λαμβάνει χώρα απλή «εξέταση» (βλ. και νομοθετική τροποποίηση άρ. 365 παρ. 4 Ν. 4412/2016 με την εισαγωγή του όρου «εξέταση», προς συμμόρφωση μάλιστα στις οικείες γνωμοδοτήσεις του ΣτΕ) και όχι «συζήτηση», ότι η εξέταση λαμβάνει χώρα σε κλειστή εν συμβουλίῳ διαδικασία χωρίς παράσταση των διαδίκων και ότι η εν γένει κοινοποίηση πράξης ορισμού ημερομηνίας εξέτασης και εισηγητή ως και η εξ αυτής εν γένει ενημέρωση των μερών περί του χρόνου εξέτασης, δεδομένης της κατά τα ως άνω μη διενέργειας συζήτηση μετά αντιμωλίας και παρουσία των μερών, δεν συνιστά ουσιώδη τύπο της διαδικασίας, καθώς συνιστά πλέον άσκοπο κατάλοιπο της αρχικής διατύπωσης του ΠΔ, το οποίο όμως στη συνέχεια και ακριβώς λόγω σχετικής γνωμοδότησης του ΣτΕ τροποποιήθηκε ιδίως με τον αποκλεισμό της δικαστηριακού τύπου διαδικασίας συζήτησης (σημείο 15 Απόφασης ΣτΕ). Επομένως, κατά αναγκαία συνέπεια των παραπάνω, ελλείψει αντιμωλίας και δημόσιας ή και προφορικής διαδικασίας στην ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. εξέταση και δεδομένου ότι αυτή δεν συνιστά Δικαστήριο κατά την έννοια του άρ. 6 της ΕΣΔΑ (ΕΔΔΑ, I.T.C. Ltd κατά Μάλτας περί μη θεμελίωσης “αστικής φύσεως δικαιωμάτων” επί διαφορών ως προς διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και πρβλ. *Tinelly* και λοιποί κατά *Hv. Basileiou*, σκ. 61, όπου η όποια εμπλοκή τέτοιων δικαιωμάτων λαμβάνει χώρα μόνο σε περίπτωση διακρίσεων βάσει πολιτικών ή θρησκευτικών πεποιθήσεων, ως και *Axen* κατά *Γερμανίας*, σκ. 26, κατά την οποία για τη διάγνωση τήρησης των όρων της ΕΣΔΑ, λαμβάνεται υπόψη το σύνολο της διαδικασίας, η οποία εν προκειμένω περιλαμβάνει και δικαίωμα

Αίτησης Αναστολής και Αίτησης Ακύρωσης ενώπιον Δικαστηρίου, κατ' άρ. 372 παρ. 1 Ν. 4412/2016) και δεν παρέχεται δικαστική προστασία κατ' άρ. 20 παρ. 1 Συντ. (η οποία παρέχεται μεν πλήρως, πλην όμως με αντικείμενο προσβολής τις Αποφάσεις της Α.Ε.Π.Π., κατ' άρ. 346 παρ. 2 και 372 παρ. 1 Ν. 4412/2016, δια των οποίων συμπροσβάλλονται και οι πράξεις ή παραλείψεις της αναθέτουσας, και όχι απευθείας κατά των τελευταίων), όχι μόνο δεν χωρεί παράσταση των διαδίκων, αλλά ούτε υφίσταται κάποιο καταρχήν δικονομικό δικαίωμά τους για κατάθεση προσθέτων λόγων, συμπληρωματικών υπομνημάτων ή προσθήκης-αντίκρουσης των ισχυρισμών των τυχόν αντιδίκων. Η δε Α.Ε.Π.Π. συγκεντρώνει το σύνολο των εκατέρωθεν ισχυρισμών που προβάλλονται με την προσφυγή, τις παρεμβάσεις και τις απόψεις της αναθέτουσας και του υλικού που αφενός προσκομίζουν τα διάδικα μέρη, αφετέρου προκύπτει από αυτεπάγγελτο έλεγχο των διαθέσιμων στο ΕΣΗΔΗΣ στοιχείων και εγγράφων του διαγωνισμού, εξ ου και η αναθέτουσα υποχρεούται κατ' άρ. 9 παρ. 1 ΠΔ 39/2017 να παραχωρήσει στο αρμόδιο Κλιμάκιο της Α.Ε.Π.Π. πλήρη πρόσβαση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού. Ο δε προσφεύγων ούτως ή άλλως ακούεται δια της ίδιας της προσφυγής του (ως συνιστώσα ενδικοφανή προσφυγή, πρβλ. ΣΤΕ 3251/2015, 1392/2016), χωρίς δυνατότητα ή δικαίωμά του, αν δεν κληθεί προς τούτο από τον Πρόεδρο του Κλιμακίου, και τούτο μόνο όταν αυτό κριθεί αναγκαίο για την κατ' άρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016 διακρίβωση της ουσίας και ακρίβειας των ισχυρισμών της προσφυγής του και την αναζήτηση της ουσιαστικής αλήθειας της υπόθεσης, να προσκομίσει επεξηγήσεις, υπομνήματα και αντικρούσεις. Η δε ανάγκη για κάτι τέτοιο κρίνεται ανά περίπτωση αναλόγως της φύσεως και του ειδικότερου περιεχομένου των ισχυρισμών σε σχέση και με το περιεχόμενο της προσβαλλόμενης ή της πραγματοποιηθείσας ή μη παραχώρησης πρόσβασης από την αναθέτουσα στα έγγραφα του διαγωνισμού (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 98/2017) και ακόμη και τότε ανάγεται αποκλειστικά σε σχετική κρίση και ευχέρεια του Κλιμακίου κατ' άρ. 12 παρ. 3 και 13 παρ. 3 ΠΔ 39/2017. Περαιτέρω, τόσο η πρόβλεψη του άρ. 8 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 περί προδιατυπωμένου εντύπου που σκοπεί στην επιτάχυνση και αυτοματοποίηση της διαδικασίας άσκησης των προσφυγών και παρεμβάσεων ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., όσο και οι ιδιαίτερα σύντομες προθεσμίες που έχουν θεσπίσθει για τη διεκπεραίωση των προσφυγών και

την έκδοση αποφάσεων επ' αυτών, δεν συμβιβάζονται με τη δυνατότητα των διαδίκων να επικαλούνται διαρκώς με επανειλημμένα και διαδοχικά έγγραφά τους, νέους λόγους, νέα στοιχεία πραγματικού και εν γένει νέους ισχυρισμούς έως και την εξέταση της προσφυγής. Επομένως, σύμφωνα με τα ανωτέρω, αφενός δεν υφίσταται δυνατότητα συμπλήρωσης, με πρωτοβουλία των διαδίκων, των λόγων της προσφυγής ή της παρέμβασης μετά το πέρας της προθεσμίας για την άσκησή τους ή των στοιχείων αυτών, αν δεν ζητηθούν από το Κλιμάκιο. Εξάλλου, δεν υφίσταται οιοδήποτε καταρχήν «δικαίωμα» αντίκρουσης εκατέρωθεν ισχυρισμών στο πρόσωπο των διαδίκων, παρά μόνο ευχέρεια του Κλιμακίου και αναλόγως των ανά περίπτωση δεδομένων της υπόθεσης, να ζητήσει στοιχεία, διευκρινίσεις ή εξηγήσεις από έναν, περισσότερους ή το σύνολο των διαδίκων. Συνεπώς, κανένα υπόμνημα μετά την παρέλευση της προθεσμίας άσκησης προσφυγής και παρέμβασης αντίστοιχα δεν δύναται να ληφθεί υπόψη, ιδίως όταν δεν έχει ζητηθεί από το Κλιμάκιο, κατ' άρ. 12 παρ. 3 ΠΔ 39/2017 κάποια διευκρίνιση ή επεξήγηση.

7. Επειδή, κατά τη διάταξη του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016, όπως τούτο ενσωματώνει τη διάταξη του άρθρου 18 της Οδηγίας 2014/24/EΕ, ορίζεται ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισόπιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, πηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας ταυ δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας ταυ ανταγωνισμού και της προστασίας ταυ περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό ταυ ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατίθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων». Επειδή, περαιτέρω (βλ.και Απόφαση ΑΕΠΠ

124/2017), 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. Προς τούτο δε, με τη διάταξη του άρθρου 54 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) 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 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.

8. Επειδή, περαιτέρω (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 39 και 120/2017), συνιστά ενωσιακή αρχή του δικαίου δημοσίων συμβάσεων και δη μείζονος σημασίας, η αποφυγή κάθε διάκρισης και περιορισμού της ελευθερίας ισότιμης συμμετοχής σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων εις βάρος ομάδας προμηθευτών (βλ. ενδεικτικά ΔΕΕ, Απόφαση της 5^{ης} Δεκεμβρίου 1989, C-3/88, *Επιτροπή κατά Ιταλίας*, Συλλογή 1989, σ. 4035, σκ. 8 και Απόφαση της 3^{ης} Ιουνίου 1992, C-360/89 *Επιτροπή κατά Ιταλίας*, Συλλογή I-1992, σ. 3401, σκ. 11). Ως εκ τούτου, το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που απαιτείται για μια δεδομένη σύμβαση πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης. Τούτο σημαίνει πώς θα πρέπει να λαμβάνεται μέριμνα, ώστε οι ελάχιστες

απαιτήσεις και τα ζητούμενα δικαιολογητικά να μην υπερβαίνουν τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης. Επομένως, προκύπτει ότι πρώτον, από το στοιχείο ή από τα στοιχεία που επιλέγει η αναθέτουσα αρχή για να διασφαλισθεί η τεχνική καταλληλότητα του υπό προμήθεια αγαθού ή υπηρεσίας, πρέπει να μπορεί αντικειμενικά να προκύπτει η σχετική καταλληλότητα του τελευταίου για τις ανάγκες του συμβατικού αντικειμένου και δεύτερον, το ειδικότερο όριο της τεχνικής προδιαγραφής, που θα καθοριστεί πρέπει να είναι προσαρμοσμένο στη σημασία της οικείας σύμβασης, υπό την έννοια ότι πρέπει να αποτελεί είτε έναν υποχρεωτικό νομικά ή τεχνικά όρο για την ίδια την εκτέλεση της υπηρεσίας και την παροχή της από τον ανάδοχο προς την αναθέτουσα είτε να συνιστά μια αντικειμενική ένδειξη ως προς την καταλληλότητα του ειδικότερου αγαθού ή υπηρεσίας για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς ωστόσο να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό (Βλ. ΕΑΑΔΗΣΥ, Κατευθυντήρια Οδηγία 13). Τα παραπάνω προκύπτουν και από το ότι η προπαρατεθείσα διάταξη του άρ. 75 παρ. 4 Ν. 4412/2016 θα πρέπει πάντα να εφαρμόζεται και να ερμηνεύεται υπό το πρίσμα της γενικής ρήτρας της αναλογικότητας και της σχετικότητας των κριτηρίων επιλογής με το αντικείμενο της σύμβασης, που θεσπίζει το άρ. 54 παρ. 2 Ν. 4412/2016 κατά το οποίο “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” (πρβλ. επί του συναφούς θέματος που αφορά στα κριτήρια επιλογής και το άρ. 75 παρ. 1 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 τα ίδια εξάλλου προκύπτουν και από το συνδυασμό των παραπάνω με όσα προβλέπονται στην διάταξη του άρ. 18 παρ. 1 Ν. 4412/2016 (βλ. και A.S. Graelis, *Public Procurement and the EU Competition Rules* (Hart 2015, 2^η εκδ.) 6.II.A.vii).

9. Επειδή περαιτέρω, όλα τα ως άνω θα πρέπει πάντα να ερμηνεύονται με γνώμονα την αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού, σύμφωνα εξάλλου και με τα προβλεπτόμενα στις διατάξεις των άρ. 18 παρ. 1 και 54 παρ. 2 Ν. 4412/2016, η οποία αρχή 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 εξάλλου, αφενός από τη θέση των άρ. 101 επτ. ΣΛΕΕ στο πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο, αφετέρου από σωρεία προβλέψεων της οικείας Οδηγίας 2014/24/EΕ, οι οποίες θέτουν τον όχι απλώς ονομαστικό και θεωρητικό, αλλά αποτελεσματικό, βιώσιμο και ουσιώδη ανταγωνισμό (βλ. εν γένει περί «βιώσιμου» ανταγωνισμού ενδεικτικά σε ΔΕΕ, Απόφαση της 19^{ης} Απριλίου 2012, C-549/10P *TOMRA*, Ψηφ. Συλλογή ECLI:EU:C:2012:221, ΠΕΚ Απόφαση της 17^{ης} Σεπτεμβρίου 2007, T-201/04 *Microsoft*, Συλλογή 2007, σ. II-3601, παρ. 436, Ευρωπαϊκή Επιτροπή, Απόφαση της 13^{ης} Αυγούστου 2003, 2003/741/EK στην Υπόθεση COMP D3/38.044-NDC *Health/IMS Health: Interim Measures C(2003)2920*, παρ. 15 περί βιώσιμου ανταγωνισμού) 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 ως άνω αρχή του αποτελεσματικού ανταγωνισμού θα πρέπει να διέπει και τα ως άνω κατά το άρ. 54 Ν. 4412/2016 αναφερόμενα και συγκεκριμένα ότι οι όποιες τεχνικές προδιαγραφές δεν θα πρέπει να φθάνουν τέτοιο επίπεδο, ώστε να περιορίζουν δραστικά τον ανταγωνισμό, ακόμη και αν αφήνουν κάποιο έστω περιθώριο περιορισμένης εμφάνισής του, χωρίς τούτος ο περιορισμός να είναι απόλυτα αναγκαίος για τη διασφάλιση ομαλής εκτέλεσης του αντικειμένου της σύμβασης. Οι δε αρχές της σχετικότητας, αναλογικότητας και αντικειμενικής σύνδεσης των κριτηρίων αυτών με το αντικείμενο και τον σκοπό της σύμβασης πρέπει ομοίως να ερμηνεύονται υπό το ως άνω πρίσμα. Αυτά έχουν ως συνέπεια ότι μεταξύ άλλων οι όποιες τεχνικές προδιαγραφές, ακόμη και αν καταρχήν παρίστανται ως θεμιτές και υποκείμενες στην καταρχήν ελευθερία διαμόρφωσης εκ μέρους της αναθέτουσας, δεν θα πρέπει να διαμορφώνονται και να διατυπώνονται με τρόπο τέτοιο, ώστε να αποκλείουν

υποψηφίους αναδόχους, οι οποίοι υπό άλλη, ομοίως επαρκή για τη διασφάλιση της απαιτούμενης ικανότητας, θα μετείχαν, τονώνοντας ούτως τον ανταγωνισμό. Η δε παραπάνω αρχή του αποτελεσματικού ανταγωνισμού συνδέεται άρρηκτα (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 39/2017), κατά το ίδιο ενωσιακό δίκαιο με την προώθηση συμμετοχής των Μικρών και Μεσαίων Επιχειρήσεων, στις αντίστοιχες διαδικασίες ως μοχλός άσκησης ανταγωνιστικής πίεσης και ως εκ τούτου αύξησης του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, με ταυτόχρονο γνώμονα τα ιδιαίτερα κοινωνικά γνωρίσματα και χαρακτήρα της μικρομεσαίας επιχειρηματικότητας, στοιχείο η έμφαση επί του οποίου αποτελεί ειδικότερη εξέλιξη σε σχέση με το προϊσχύσαν αντίστοιχο ενωσιακό πλαίσιο (βλ. παρ. 2, 59, 66, και ιδίως 77, 78-80, 83, 84, 87, 120, 124, 134 Προοιμίου Οδηγίας 2014/24/EΕ και άρ. 83 όπου η συμμετοχή των ΜΜΕ τίθεται ως δείκτης αποτελεσματικής διακυβέρνησης του συστήματος δημοσίων συμβάσεων). Αυτά έχουν την έννοια ότι ο περιορισμός του ανταγωνισμού θα πρέπει να ελέγχεται ακόμη προσεκτικότερα σε επιμέρους αγορές οι οποίες εκ φύσεώς τους διέπονται από ήδη και ούτως ή άλλως περιορισμένο ανταγωνισμό (βλ. Ευρωπαϊκή Επιτροπή, Απόφαση της Επιτροπής 99/210/EK της 14^{ης} Οκτωβρίου 1999 σχετικά με μια διαδικασία βάσει του άρθρου 85 της Συνθήκης EK (υπόθεση IV/F-3/33.708 - British Sugar plc, υπόθεση IV/F-3/33.709 - Tate & Lyle plc, υπόθεση IV/F-3/33.710 - Napier Brown & Company Ltd, υπόθεση IV/F-3/33.711 - James Budgett Sugars Ltd, ΕΕΕΕ L 76/1 [1999], παρ. 76 και Απόφαση της Επιτροπής 94/601/EK της 13ης Ιουλίου 1994 σχετικά με μια διαδικασία βάσει του άρθρου 85 της Συνθήκης EK (IV/C/33.833 - Χαρτόνι) ΕΕΕΕ L 243/1, παρ. 73, ΠΕΚ, T-202/98 Tate & Lyle κατά Επιτροπής [2001] II-2035, T-65/98 Van den Bergh Foods Ltd κατά Επιτροπής [2003] II-4653, παρ. 159 και T-141/94, Thyssen Stahl AG κατά Επιτροπής [1999] II-347, παρ. 302), και δη ως προς τον τυχόν αποκλεισμό οικονομικών φορέων που δύνανται να μεταβάλουν με την είσοδο ή παρουσία τους ή αντιστρόφως με την απουσία τους, εφόσον αποκλειστούν, δυναμικά τον ανταγωνισμό εντός μιας αγοράς. Έτσι, οι διακρίσεις που επιβάλλουν οι τυχόν τεχνικές προδιαγραφές, εις βάρος τους, έχουν ιδιάζουσα αρνητική και δη μακροπρόθεσμη επίπτωση στον ανταγωνισμό, λόγω της λειτουργίας των προδιαγραφών αυτών, ως επενδυτικά αντικίνητρα για τη νέα είσοδο ή τη διατήρηση νυν ανταγωνιστή στην αγορά, καθώς τα επιμέρους επί

ποινή αποκλεισμού κριτήρια του διαγωνισμού δύνανται να καταστούν εμπόδια εισόδου και παραμονής στην αγορά (βλ. περί σημασίας επενδυτικών και ανταγωνιστικών κινήτρων ενδεικτικά σε Ευρωπαϊκή Επιτροπή, Απόφαση της 23ης Ιανουαρίου 2013 στην Υπόθεση AT/39.839 – *Telefónica/Portugal Telecom C(2013) 306* τελικό και Ευρωπαϊκή Επιτροπή, Ανακοίνωση της Επιτροπής — Κατευθύνσεις σχετικά με τις προτεραιότητες της Επιτροπής κατά τον έλεγχο της εφαρμογής του άρθρου 82 της συνθήκης ΕΚ σε καταχρηστικές συμπεριφορές αποκλεισμού που υιοθετούν δεσπόζουσες επιχειρήσεις (2009/C 45/02), παρ. 75, 82, 89).

10. Επειδή, στην προκείμενη Διακήρυξη και δη την εντός του Παραρτήματος Β-Ποσοτικές και Τεχνικές Προδιαγραφές των Ειδών και δη του Πίνακα 2-Πίνακας Τεχνικών Προδιαγραφών-Φύλλο Συμμόρφωσης, όσον αφορά την επίμαχη Ομάδα 6, σελ. 50 της διακήρυξης, προβλέπεται ως απαιτούμενη τεχνική προδιαγραφή για την προσφερόμενη σχετική με την Ομάδα 6 υπηρεσία στον όρο 1 «Ο ανάδοχος να διαθέτει οπωσδήποτε πιστοποίηση EN ISO 9001, EN ISO 13485 και συμφωνία με την YA 1348 και πιστοποιημένους από τον κατασκευαστικό οίκο τεχνικούς.». Πλην όμως, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου της υπόθεσης, ο παρεμβαίνων αποτελεί τον μοναδικό αποκλειστικό διανομέα των προϊόντων και υπηρεσιών του συγκεκριμένου κατασκευαστή στην Ελλάδα (όπως αναφέρει στην παρέμβασή του), μέλος του επιχειρηματικού ομίλου στον οποίο ανήκει η κατασκευάστρια των μηχανημάτων εταιρία (και επομένως συνδεδεμένη με αυτήν επιχείρηση, τουλάχιστον όπως προκύπτει από τα αναφερόμενα στην ίδια την παρέμβαση) και μόνος δυνάμενος να παράσχει την ως άνω πιστοποίηση οικονομικός φορέας. Τα παραπάνω δεν αμφισβητούνται ούτε από τον παρεμβαίνοντα. Ούτως, δια του ως άνω όρου θεσπίζεται μια υποχρέωση των τρίτων, πλην του παρεμβαίνοντος, ενδιαφερομένων για συμμετοχή να ζητήσουν και να αποκτήσουν την παραπάνω εκ του ιδίου εκδιδομένη πιστοποίηση, ώστε να μπορούν να συμμετάσχουν με αποδεκτή τεχνική προσφορά στον διαγωνισμό, ελλείψει δε της σχετικής πιστοποίησης, αφού αυτή ορίζεται ως επί ποινή απαραδέκτου τεχνική προδιαγραφή, η τεχνική προσφορά τόυς θα αποβεί ελλιπής και θα αποκλειστεί. Περαιτέρω, ο

ίδιος ο παρεμβαίνων συνιστά οικονομικό φορέα με δυνατότητα συμμετοχής στον επίμαχο διαγωνισμό για τη συγκεκριμένη Ομάδα 6 και μάλιστα έχει συμμετάσχει σε αντιστοίχου αντικειμένου διαγωνισμούς για το ίδιο αντικείμενο, πράγμα που ομοίως δεν αμφισβητεί ο ίδιος. Επομένως, συνιστά δυνητικό ανταγωνιστή των τρίτων οικονομικών φορέων που ο ίδιος είναι μόνος δυνάμενος να προμηθεύσει με το οικείο έγγραφο που είναι απαραίτητο για το αποδεκτό της προσφοράς τους και αντιστρόφως οι τρίτοι που τυχόν ενδιαφερθούν για συμμετοχή, όπως εν προκειμένω ο προσφεύγων, εξαρτούν τη συμμετοχή τους αυτή από τη συνδρομή και πιστοποίηση ενός ανταγωνιστή τους, ήτοι του παρεμβαίνοντος. Από κανένα δε στοιχείο του φακέλου δεν προκύπτει ότι η εκ μέρους του παρεμβαίνοντος παροχή αυτής της πιστοποίησης σε ανταγωνιστές του τελεί υπό κάποια αυτοματοποιημένη και υποχρεωτική διαδικασία, δια της οποίας δύναται άνευ ετέρου οιοσδήποτε να πιστοποιηθεί, του παρεμβαίνοντος μη δυναμένου να αρνηθεί να πιστοποιήσει. Είναι συνεπώς σαφές εκ των ως άνω, ότι δια του παραπάνω όρου - η πλήρωση του οποίου επαφίεται στη διακριτική ευχέρεια ενός εκ των ανταγωνιστών για την ανάληψη της σύμβασης, ο οποίος δύναται με τελούσες στην απόλυτη ευχέρειά του αποφάσεις, διαδικασίες και ενέργειες, να διαμορφώνει τον τυχόν ανταγωνισμό του - αφενός θέτει τους έτερους πλην του ιδίου ανταγωνιστές σε σαφώς μειονεκτική και άνιση υπέρ του θέση, αφετέρου συνιστά περιορισμό του ανταγωνισμού. Περαιτέρω, από το σύνολο των υπολοίπων τεχνικών προδιαγραφών για την ίδια Ομάδα, προκύπτει ότι ο υποψήφιος θα πρέπει να διαθέτει πιστοποίηση ISO και συμφωνία με την ΥΔ 1438 (μη προσβαλλόμενο σκέλος όρου 1), όλα τα μηχανήματα που προβλέπονται από τον κατασκευαστικό οίκο για τους ελέγχους, ρυθμίσεις, βαθμονομήσεις και επισκευές (όρος 2), η συντήρηση και οι επισκευές να γίνονται από ειδικά εκπαιδευμένο και πιστοποιημένο (εν γένει) προσωπικό και σύμφωνα με τις προδιαγραφές του κατασκευαστικού οίκου (όρος 6), να περιλαμβάνει κάθε αναγκαίο ανταλλακτικό (όρος 7), όπως και να καταθέσει τα έγγραφα του κατασκευαστικού οίκου που θα αναφέρουν τα ανταλλακτικά που θα χρησιμοποιηθούν στις προβλεπόμενες συντηρήσεις (όρος 9). Από όλα τα παραπάνω προκύπτει ότι η σκοπούμενη δια του επίμαχου σκέλους του όρου 1, διασφάλιση ποιότητας, καταλληλότητας και ενημέρωσης του αναδόχου από τον κατασκευαστή, πληρούται δια του συνόλου και του συνδυασμού όλων των

υπολοίπων τεχνικών προδιαγραφών, κατά των οποίων εξάλλου ο προσφεύγων δεν βάλλει, επομένως ο παραπάνω προσβαλλόμενος όρος εκτός του ότι περιορίζει αυτονόητα τον ανταγωνισμό, δεν είναι ούτε αντικειμενικά δικαιολογημένος και ιδίως αναγκαίος για τη διασφάλιση εκτέλεσης του συμβατικού αντικειμένου. Εξάλλου, και αν ακόμη, η πιστοποίηση του προσωπικού των τρίτων, πλην του παρεμβαίνοντος και αποκλειστικού διανομέα, ήταν απαραίτητο προσόν για την ορθή εκτέλεση των επίμαχων υπηρεσιών και μόνος τρόπος ώστε να είναι ασφαλής η συντήρηση και επομένως η οικεία τεχνική προδιαγραφή απαραίτητη λόγω μιας προκύπτουσας τεχνικής μοναδικότητας που μόνο ο παρεμβαίνων ή συνεργαζόμενος με αυτόν φορέας δύναται να πληροί, η αναθέτουσα τότε θα δύφειλε να προχωρήσει στη διαδικασία των άρ. 26 παρ. 6 και 32 Ν. 4412/2016 περί πρόσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση άνευ προηγούμενης δημοσίευσης, κατόπιν τυχόν πληρώσεως του όρου της παρ. 2 περ. β' υποπερ. ββ' της διάταξης του άρ. 32, περί απουσίας του ανταγωνισμού για τεχνικούς λόγους (και πάλι τότε, σύμφωνα με τη διάταξη, μόνο εάν δεν υπάρχει εύλογη εναλλακτική λύση ή υποκατάστατο και η απουσία ανταγωνισμού δεν είναι αποτέλεσμα τεχνητού περιορισμού των παραμέτρων της σύμβασης) και όχι σε ανοικτό διαγωνισμό, ο οποίος όμως, ως εκ του ως άνω όρου αποκλείει οιονδήποτε μη συνεργαζόμενο με τον παρεμβαίνοντα ή έστω θέτει αυτόν σε δυσμενή έναντι του παρεμβαίνοντος θέση, αφού θα εξαρτά τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό από αυτόν και επομένως δεν θα δύναται να τον αντάγωνιστεί βιώσιμα, αποτελεσματικά και ισότιμα. Εξάλλου, μια τέτοια τυχόν απόφαση της αναθέτουσας τελεί υπό την υποχρεωτική σύμφωνη γνώμη της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., σύμφωνα με το άρ. 2 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. δδ' και την εκεί αναλυτικώς αναφερόμενη υποχρεωτική και αποκλειστική διαδικασία. Σε κάθε περίπτωση, δεν δύναται η Α.Ε.Π.Π. (η οποία δεν έχει εκ του νόμου αρμοδιότητα να υποκαταστήσει την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. στην ως άνω αποκλειστικώς επαφιόμενη στην ίδια αρμοδιότητά της ούτε ευθέως ούτε παρεμπιπτόντως στο πλαίσιο εξέτασης προδικαστικής προσφυγής κατά διακήρυξης) το πρώτον, στο πλαίσιο προδικαστικής προσφυγής κατά διακήρυξης ανοικτού διαγωνισμού, να εξετάσει τη συνδρομή προϋποθέσεων του άρ. 32 Ν. 4412/2016, ιδίως καθώς η αναθέτουσα επέλεξε να μην προσφύγει, κατ' ανέλεγκτη κρίση της και ανεξαρτήτως αν πληρούνται

οι προϋποθέσεις της, σε αυτήν. Επομένως, τα οικεία επιχειρήματα του παρεμβαίνοντος δεν δύνανται να ληφθούν υπόψη στο πλαίσιο μιας ανοικτής διαδικασίας, ιδίως δε εν όψει του ότι η οικεία αγορά, ήτοι επισκευής/συντήρησης των ιατροτεχνολογικών μηχανημάτων του συγκεκριμένου κατασκευαστή (που συνιστά, όπως προαναφέρθηκε συνδεδεμένη με τον παρεμβαίνοντα επιχείρηση και μέλος του ίδιου ομίλου), εκ φύσεώς της διέπεται από περιορισμένο ανταγωνισμό και υπόκειται ούτως ή άλλως στην προμήθεια ανταλλακτικών και την παροχή εγχειριδίων και πληροφοριών από τον ίδιο τον κατασκευαστή. Επομένως, οι ισχυρισμοί του παρεμβαίνοντος πρέπει να απορριφθούν και να γίνει αντίστοιχα δεκτός ο λόγος που προβάλλει ο προσφεύγων κατά του ως άνω όρου της διακήρυξης, ο οποίος κατ' αποτέλεσμα τυγχάνει ακυρωτέος.

11. Επειδή (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 120/2017), κατά τη διάταξη του άρ. 60 παρ. 3 περ. β' Ν. 4412/2016 θεσπίζεται ευχέρεια ουσιώδους μεταβολής στα έγγραφα της σύμβασης (κατά το διάστημα που η διακήρυξη παραμένει ενεργή), άρα και στους όρους της διακήρυξης, υπό την προϋπόθεση χορήγησης εύλογης παράτασης, κατά την κρίση της αναθέτουσας και αναλόγως του εύρους της μεταβολής, ως προς την προθεσμία παραλαβής προσφορών, εφόσον βέβαια αυτή η προθεσμία διαρκεί και δεν έχει εισέτι λήξει, ούτως ώστε όλοι οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς να μπορούν να λάβουν γνώση όλων των αναγκαίων πληροφοριών για την κατάρτιση των προσφορών, με αποτέλεσμα να δημιουργείται ισοδύναμο αποτέλεσμα δημοσιότητας, αναλόγως βεβαίως και του εύρους της αλλαγής, με αυτό του άρ. 27 Ν. 4412/2016 και του άρ. 27 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Η ως άνω ευχέρεια καθίσταται ακόμη πιο προστατευτική για τα συμφέροντα των ενδιαφερομένων προς συμμετοχή οικονομικών φορέων, δεδομένης της ηλεκτρονικής δημοσίευσης των εγγράφων της σύμβασης και της διαρκούς δυνατότητας έως και τη λήξη του ως άνω καταληκτικού χρόνου, για την υποβολή, μεταβολή ή επανυποβολή προσφορών σε πραγματικό χρόνο μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού και του ΕΣΗΔΗΣ. Επομένως, κατόπιν ακυρώσεως όρου διακήρυξης με Απόφαση της ΑΕΠΠ κατόπιν προδικαστικής προσφυγής, η

παραπάνω διάταξη περί χορήγησης εύλογης παράτασης κατά την κρίση της αναθέτουσας είναι εφαρμοστέα. Κατ' ακολουθία, δεν υφίσταται, προς προστασία της οικονομίας της διαδικασίας, ανάγκη ματαίωσης του διαγωνισμού προς προστασία της διαφάνειας και ίσης μεταχείρισης, κατόπιν της δια της ίδιας της Αποφάσεως ακυρώσεως του επίμαχου προσβαλλόμενου όρου και της εκ της αναθέτουσας χορήγησης ευλόγου προθεσμίας μετά την Απόφαση και πριν την οριστική λήξη του χρόνου υποβολής προσφορών, στη διάρκεια της οποίας κάθε τρίτος ενδιαφερόμενος θα λάβει πλήρη γνώση των όρων της διακήρυξης, όπως διαμορφώνονται μετά την ακύρωση του επιμάχου όρου. Εξάλλου, ο ίδιος ο προσφεύγων, μετά τη δια της αποδοχής της προσφυγής του ακύρωσης όρου που ο ίδιος επικαλείτο ότι τον απέκλειε, δεν έχει πλέον έννομο συμφέρον ως προς το αίτημά του για ματαίωση του διαγωνισμού και δεν κρίνεται η αποδοχή του τελευταίου ως αναγκαία και λυσιτελής πλέον, για την προστασία του. Συνεπώς, το ειδικότερο αίτημα του προσφεύγοντος για ματαίωση του διαγωνισμού πρέπει να απορριφθεί.

12. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή. Να απορριφθεί η Παρέμβαση. Να ακυρωθεί ο όρος 1, σελ. 50 διακήρυξης κατά το σκέλος του που αναφέρει «πιστοποιημένους από τον κατασκευαστικό οίκο τεχνικούς».

13. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων, ποσού επτακοσίων ενενήντα οκτώ ευρώ και σαράντα τριών λεπτών (798,43€).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει εν μέρει τη Διακήρυξη, κατά το κεφάλαιο που αφορά τον αναφερόμενο στη σελ. 50 αυτής ως όρο 1 και δη κατά το σκέλος του που αναφέρει «πιστοποιημένους από τον κατασκευαστικό οίκο τεχνικούς».

Αριθμός Απόφασης: 154/2017

Διατάσσει την επιστροφή του παραβόλου στον προσφεύγοντα ποσού επτακοσίων ενενήντα οκτώ ευρώ και σαράντα τριών λεπτών (798,43€).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 14.11.2017 και εκδόθηκε στις 27.11.2017.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ



Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΜΠΑΚΟΥ ΒΑΣΙΛΙΚΗ

