

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 22^η Ιανουαρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αποκάρδου Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Μιχάλης Σειραδάκης Μέλη (δυνάμει της υπ' αριθμ. 8/2021 Πράξης Αναπλήρωσης του Προέδρου ΑΕΠΠ).

Για να εξετάσει την από 16.12.2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 1927/18.12.2020 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία « *** *** » (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στην *** , επί της οδού *** , όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του *** (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. *** Διακήρυξης (εφεξής η «προσβαλλόμενη»).

Με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων αιτείται να τροποποιηθεί ή διαγραφεί η τεχνική προδιαγραφή *«Παροχή από την ανάδοχο Εταιρία υπηρεσιών, ως η επίσημα εξουσιοδοτημένη για την διενέργεια προληπτικών συντηρήσεων μέσω της εξειδικευμένης και πιστοποιημένης από τον κατασκευαστικό οίκο τεχνικής υπηρεσίας της, σύμφωνα με τις οδηγίες του κατασκευαστικού οίκου. Να κατατεθούν τα πιστοποιητικά εκπαιδεύσεων των Μηχανικών της Αναδόχου Εταιρείας, από τον Κατασκευαστικό οίκο. Να αφορούν τον συγκεκριμένο εξοπλισμό του Κατασκευαστικού Οίκου που είναι εγκατεστημένος (επί ποινή αποκλεισμού)»* του Παραρτήματος IV της Διακήρυξης ως προς τα Τμήματα 5 και 6 του διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ.

Αριθμός απόφασης: 194/2021

39/2017, ποσού 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ***, την από 15.12.2020 πληρωμή στην *** και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη των Τμημάτων 5 (32.000,00€) και 6 (6.490,00€) της σύμβασης για τα οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, εκτιμώμενης αξίας 38.490,00 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή με την υπ' αριθμ. *** Διακήρυξη η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ανοικτό διεθνή ηλεκτρονικό διαγωνισμό με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής με αντικείμενο «***», για χρονικό διάστημα ενός έτους, προϋπολογισθείσας συνολικά δαπάνης 153.679,153 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Ο διαγωνισμός υποδιαιρείται σε επτά Τμήματα, ενώ προσφορές μπορούν να υποβληθούν για ένα ή περισσότερα ή όλα τα Τμήματα αλλά για το σύνολο των υπηρεσιών έκαστου Τμήματος.

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ την 2.12.2020 με ΑΔΑΜ ***, καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ***.

4. Επειδή ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε την 16.12.2020 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 2.12.2020, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, και την παρ. 1 εδ. γ) του άρθρου 4 και την παρ. 2 του άρθ. 8 του Π.Δ. 39/2017..

Αριθμός απόφασης: 194/2021

6. Επειδή την 18.12.2020 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής μέσω της κεντρικής σελίδας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή με την με αριθμό 2272/2020 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

8. Επειδή με την υπ' αριθμ. Α286/2020 απόφαση προσωρινών μέτρων της ΑΕΠΠ ανεστάλη η συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ την 24.12.2020 μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου τις απόψεις της επί της προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα μέσω της επικοινωνίας του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού αυθημερόν.

10. Επειδή ο προσφεύγων στις 7.01.2021 κατέθεσε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής. Το ως άνω υπόμνημα κατατέθηκε εμπροθέσμως σύμφωνα με το τελευταίο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, όπως αυτό προστέθηκε με το ν. 4605/2019 (ΦΕΚ 52/Α/1-4-2019), δοθέντος ότι η συζήτηση για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής ορίσθηκε στις 22.1.2021 και, ως εκ τούτου, λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο.

11. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

12. Επειδή ο προσφεύγων, επικαλούμενος τα άρθρα 18, 54, 55, 75, 80 και το Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α' του ν.4412/2016 καθώς και τη σχετική νομολογία ισχυρίζεται τα ακόλουθα : *«[...] οι συμμετέχοντες καλούνται, να παρέχουν υπηρεσίες, ως επίσημα εξουσιοδοτημένοι για την διενέργεια προληπτικών συντηρήσεων μέσω της εξειδικευμένης και πιστοποιημένης από τον κατασκευαστικό οίκο τεχνικής υπηρεσίας, σύμφωνα με τις οδηγίες του κατασκευαστικού οίκου. Ακόμη, απαιτείται να κατατεθούν τα πιστοποιητικά εκπαιδεύσεων των Μηχανικών της Αναδόχου Εταιρείας, από τον Κατασκευαστικό οίκο, τα οποία πρέπει να αφορούν τον συγκεκριμένο*

Αριθμός απόφασης: 194/2021

εξοπλισμό του Κατασκευαστικού Οίκου που είναι εγκατεστημένος (επί ποινή αποκλεισμού). Ωστόσο, οι εν λόγω όροι του διαγωνισμού παραβιάζουν καταφανώς την αρχή της αναλογικότητας, την αρχή του υγιούς ανταγωνισμού, καθώς και την αρχή της διαφάνειας προς διασφάλιση της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων στους δημόσιους διαγωνισμούς, καθώς εισάγουν απαγορεύσεις, περιορισμούς και διακρίσεις που είναι αθέμιτες, αφού νοθεύουν μη νόμιμα τον ανταγωνισμό. Αντιθέτως, η διακήρυξη θα έπρεπε να θέτει τεχνικές προδιαγραφές που επιτρέπουν τη συμμετοχή σε όλες τις εταιρείες που πληρούν τα τιθέμενα κριτήρια, δηλαδή με κάποιο αντικειμενικό ποιοτικό ή ποσοτικό κριτήριο. Και τούτο διότι οι ανωτέρω όροι έχουν ενσωματωθεί στο «ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ IV – ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ – ΠΟΣΟΤΗΤΕΣ», ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΚΑΙ ΠΡΟΥΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ, ΓΙΑ ΤΗΝ ΕΠΙΣΚΕΥΗ ΚΑΙ ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΤΟΥ ΙΑΤΡΙΚΟΥ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ ΤΟΥ *** (CPV: ***) της υπό κρίση διακήρυξης, στο οποίο πρέπει να περιλαμβάνονται οι τεχνικές προδιαγραφές που απαιτείται να πληρούν οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς. Εντούτοις, οι ανωτέρω όροι δεν αποτελούν τεχνικές προδιαγραφές της υπό ανάθεση σύμβασης, αλλά κριτήρια ποιοτικής επιλογής των υποψηφίων οικονομικών φορέων, καθώς αφορούν τους ίδιους τους υποψηφίους οικονομικούς φορείς και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που διαθέτουν. Συνεπώς, όπως μη νομίμως έχουν τεθεί στο «ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ IV – ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ – ΠΟΣΟΤΗΤΕΣ» της διακήρυξης, ενώ θα έπρεπε σε αυτό να περιλαμβάνονται αποκλειστικά και μόνο τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά της υπό ανάθεση υπηρεσίας, ήτοι τα χαρακτηριστικά της ίδιας της παρεχόμενης υπηρεσίας. Ειδικότερα, η απαίτηση να παρέχει ο υποψήφιος ανάδοχος υπηρεσίες, ως επίσημα εξουσιοδοτημένος για την διενέργεια προληπτικών συντηρήσεων μέσω της εξειδικευμένης και πιστοποιημένης από τον κατασκευαστικό οίκο τεχνικής υπηρεσίας, σύμφωνα με τις οδηγίες του κατασκευαστικού οίκου, καθώς επίσης και η απαίτηση να κατατεθούν τα πιστοποιητικά εκπαίδευσεων των Μηχανικών της Αναδόχου Εταιρείας, από τον Κατασκευαστικό οίκο, τα οποία πρέπει να αφορούν τον συγκεκριμένο εξοπλισμό του Κατασκευαστικού Οίκου που είναι εγκατεστημένος (επί ποινή αποκλεισμού), δεν αποτελούν τεχνικές προδιαγραφές της υπό ανάθεση σύμβασης, αλλά κριτήρια ποιοτικής επιλογής του προσφέροντος οικονομικού

Αριθμός απόφασης: 194/2021

φορέα. Ως εκ τούτου, κατά παράβαση του νόμου έχουν τεθεί οι εν λόγω απαιτήσεις στο «ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ IV –ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ – ΠΟΣΟΤΗΤΕΣ» της υπό κρίση διακήρυξης. Επιπροσθέτως, στα πλαίσια των αρχών της αναλογικότητας, του υγιούς ανταγωνισμού, καθώς και της διαφάνειας προς διασφάλιση της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων στους δημόσιους διαγωνισμούς, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να απέχουν από τυχόν απαιτήσεις το προσωπικό του υποψηφίου αναδόχου να είναι εξουσιοδοτημένο απευθείας από τον κατασκευαστικό οίκο του απαιτούμενου εξοπλισμού για την παροχή των υπό ανάθεση υπηρεσιών συντήρησης, καθώς και από τυχόν απαιτήσεις να κατατεθούν τα πιστοποιητικά εκπαίδευσης των Μηχανικών της Αναδόχου Εταιρείας, από τον Κατασκευαστικό οίκο, τα οποία πρέπει να αφορούν τον συγκεκριμένο εξοπλισμό του Κατασκευαστικού Οίκου που είναι εγκατεστημένος (επί ποινή αποκλεισμού). Και τούτο διότι, τέτοιου είδους απαιτήσεις αποδεικτικών μέσων υπερβαίνουν τα χαρακτηριστικά του αναγκαίου, κατάλληλου και πρόσφορου μέσου απόδειξης της τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων αναδόχων σε σχέση με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης. Κατά το μέρος δε που η κριθείσα τεχνική ικανότητα του υποψηφίου αναδόχου απαιτείται να πιστοποιείται μόνον με βεβαίωση του κατασκευαστικού οίκου του εξοπλισμού, το αποδεικτικό αυτό μέσο τίθεται κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας, καθώς η αναθέτουσα αρχή επιλέγει, χωρίς κατάλληλο και πρόσφορο δικαιολογητικό λόγο, ένα απολύτως εξειδικευμένο μέσο απόδειξης της απαιτούμενης τεχνικής ικανότητας του υποψηφίου αναδόχου, αν και αυτή θα μπορούσε να αποδεικνύεται και με άλλα μέσα που δεν συνδέονται αποκλειστικά με τον κατασκευαστικό οίκο του συντηρούμενου ιατρικού εξοπλισμού, όπως για παράδειγμα με την προσκόμιση βεβαιώσεων καλής εκτέλεσης παρόμοιων υπηρεσιών με τις υπό ανάθεση.

Άλλωστε, με την τυχόν επιλογή τέτοιων αποδεικτικών μέσων, αποκλείονται εκ των προτέρων άλλοι τρόποι απόδειξης της τεχνικής ικανότητας και της απαιτούμενης εκπαίδευσης, όπως για παράδειγμα, πιστοποίηση των απαιτούμενων επαγγελματικών προσόντων του προσωπικού του αναδόχου, απόδειξη της προηγούμενης επαγγελματικής εμπειρίας/τεχνογνωσίας του με πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης όμοιων υπηρεσιών, τα οποία

Αριθμός απόφασης: 194/2021

και είναι αναγκαία, κατάλληλα και πρόσφορα προς τούτο μέσα σύμφωνα και με το εσωτερικό και κοινοτικό δίκαιο. Πολλώ δε μάλλον, κατά την πάγια κρίση της ΑΕΠΠ, οι εν λόγω απαιτήσεις είναι αντίθετες από τα μέσα απόδειξης που προβλέπει η διάταξη του άρθρου 80 Ν. 4412/2016 και του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. (βλ. ad hoc ΑΕΠΠ 124/2017, 157/2017, 503/2018) Η απαίτηση τέτοιας βεβαίωσης (περί επίσημης εξουσιοδότησης) δε από κατασκευάστρια εταιρεία, η οποία και είναι τυχόν διαγωνιζόμενη στον σχετικό διαγωνισμό, καθώς και η απαίτηση για προσκόμιση πιστοποιητικών εκπαίδευσης από το προσωπικό ως προς τα συγκεκριμένα μηχανήματα της υπό ανάθεση σύμβασης παραβιάζουν κατάφωρα, όχι μόνο την νομοθεσία περί δημοσίων συμβάσεων (εσωτερικού δικαίου αλλά και κοινοτικού δικαίου), αλλά και τις αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και του ελεύθερου ανταγωνισμού. Γι' αυτό το λόγο και θα πρέπει να τροποποιηθεί/ διαγραφεί η σχετική απαίτηση της Διακήρυξης από διαγωνιζόμενες εταιρείες περί εξουσιοδότησης για την διενέργεια προληπτικών συντηρήσεων μέσω της εξειδικευμένης και πιστοποιημένης από τον κατασκευαστικό οίκο τεχνικής υπηρεσίας, σύμφωνα με τις οδηγίες του κατασκευαστικού οίκου, καθώς επίσης και η απαίτηση να κατατεθούν τα πιστοποιητικά εκπαίδευσεων των Μηχανικών της Αναδόχου Εταιρείας, από τον Κατασκευαστικό οίκο, τα οποία πρέπει να αφορούν τον συγκεκριμένο εξοπλισμό του Κατασκευαστικού Οίκου που είναι εγκατεστημένος (επί ποινή αποκλεισμού)[...].».

13. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της ισχυρίζεται τα κάτωθι: «Με την αριθ. 33/10-09-2020 (θέμα 15ο), απόφαση του Δ.Σ. του Νοσοκομείου συγκροτήθηκε η επιτροπή σύνταξης τεχνικών προδιαγραφών για «ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ ΕΠΙΣΚΕΥΗΣ ΚΑΙ ΣΥΝΤΗΡΗΣΗΣ ΙΑΤΡΙΚΟΥ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥΤΟΥ ***».

Ακολούθως με το αριθ. 22001/5-10-2020 πρακτικό κατατέθηκαν οι τεχνικές προδιαγραφές από την επιτροπή σύνταξης τεχνικών προδιαγραφών. Περαιτέρω με την αριθ. 39/22-10-2020 (θέμα 30ο), απόφαση του Δ.Σ. του Νοσοκομείου εγκρίθηκαν α) οι τεχνικές προδιαγραφές της επιτροπής σύνταξης τεχνικών προδιαγραφών και β) η διενέργεια ηλεκτρονικού

Αριθμός απόφασης: 194/2021

διαγωνισμοί κάτω των ορίων για τις <<ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ ΕΠΙΣΚΕΥΗΣ ΚΑΙ ΣΥΝΤΗΡΗΣΗΣ ΙΑΤΡΙΚΟΥ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥΤΟΥ ***>>.

Μετά την άσκηση της προδικαστικής προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία « *** .» το Οικονομικό Τμήμα του Νοσοκομείου με το με αριθ. πρωτ. /οικ. 28824/18-12-2020 έγγραφό του, απευθύνθηκε στην επιτροπή σύνταξης τεχνικών προδιαγραφών προκειμένου η τελευταία να διατυπώσει τις απόψεις της επί των διαλαμβανομένων στην υπό κρίση προδικαστική προσφυγή.

Περαιτέρω, η επιτροπή σύνταξης τεχνικών προδιαγραφών απάντησε με το αριθ. 28981/21-12-2020έγγραφο με ΘΕΜΑ: Απάντηση Προδικαστικής Προσφυγής της εταιρείας « » με αριθ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1927/18-12-2020, το οποίο έχει επί λέξειως εξής:

<<Η επιτροπή αφού πρώτα μελέτησε προσεκτικά την προσφυγή της εταιρείας « *** ». Ειδικότερα σε ότι αφορά συγκεκριμένα σημεία της προδικαστικής προσφυγής:Α) Η επιτροπή όσον αφορά το ΤΜΗΜΑ 5: ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΥΠΟΣΤΗΡΙΞΗΣ ΕΓΚΑΤΕΣΤΗΜΕΝΑ ΣΥΣΤΗΜΑΤΑ ΚΑΤΑΣΚΕΥΑΣΤΙΚΟΥ ΟΙΚΟΥ *** (ΨΗΦΙΑΚΟ ΑΚΤΙΝΟΛΟΓΙΚΟ , XFRAME DR-2T με S/N:05-107-09), σελ. 72-73 της διακήρυξης << παροχή από την ανάδοχο Εταιρεία υπηρεσιών, ως η επίσημα εξουσιοδοτημένη για την διενέργεια προληπτικών συντηρήσεων μέσω της εξειδικευμένης και πιστοποιημένης από τον κατασκευαστικό οίκο τεχνικής υπηρεσίας, σύμφωνα με τις οδηγίες του κατασκευαστικού οίκου για το σύνολο του εξοπλισμού. Να κατατεθούν τα πιστοποιητικά εκπαίδευσεων των Μηχανικών της Αναδόχου Εταιρείας, από τον κατασκευαστικό οίκο. Να αφορούν τον συγκεκριμένο εξοπλισμό του Κατασκευαστικού Οίκου που είναι εγκατεστημένος(επί ποινή αποκλεισμού)>> , για να διασφαλίσει την άριστη λειτουργία του ψηφιακού ακτινολογικού μηχανήματος (σύμφωνα με τις οδηγίες του κατασκευαστικού οίκου –service manual), στην συντήρηση και επισκευή του , καταθέτει στην Διακήρυξη, στις Τεχνικές Προδιαγραφές τους παραπάνω όρους.

Β) Η επιτροπή όσον αφορά το ΤΜΗΜΑ 6: ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΥΠΟΣΤΗΡΙΞΗΣ ΕΓΚΑΤΕΣΤΗΜΕΝΑ ΣΥΣΤΗΜΑΤΑ ΚΑΤΑΣΚΕΥΑΣΤΙΚΟΥ ΟΙΚΟΥ ***. (ΨΗΦΙΑΚΟΣ ΜΑΣΤΟΓΡΑΦΟΣ , SENO ESSENTIAL με S/N:H1353MAM06), σελ. 74 της διακήρυξης << Παροχή από

Αριθμός απόφασης: 194/2021

την ανάδοχο Εταιρεία , ως η επίσημα εξουσιοδοτημένη για την διενέργεια προληπτικών συντηρήσεων μέσω της εξειδικευμένης και πιστοποιημένης από τον κατασκευαστικό οίκο τεχνικής υπηρεσίας της, σύμφωνα με τις οδηγίες του κατασκευαστικού οίκου. Να κατατεθούν τα πιστοποιητικά εκπαιδεύσεων των Μηχανικών της Αναδόχου Εταιρείας, από τον κατασκευαστικό οίκο. Να αφορούν τον συγκεκριμένο εξοπλισμό του Κατασκευαστικού Οίκου που είναι εγκατεστημένος(επί ποινή αποκλεισμού)>> , για να διασφαλίσει την άριστη λειτουργία του ψηφιακού μαστογράφου (σύμφωνα με τις οδηγίες του κατασκευαστικού οίκου –service manual), στην συντήρηση και επισκευή του , καταθέτει στην Διακήρυξη, στις Τεχνικές Προδιαγραφές τους παραπάνω όρους>>.

Επειδή περαιτέρω η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή είναι αόριστη, αναληθής, αβάσιμη κατά το νόμο, αναπόδεικτη και ανεπίδεκτη οποιασδήποτε δικαστικής εκτίμησης στο σύνολό της».

14. Επειδή ο προσφεύγων στο υπόμνημά του ισχυρίζεται τα ακόλουθα:

«Η ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑ ΑΡΧΗ ΟΥΔΟΛΩΣ ΑΠΑΝΤΑΕΙ ΣΤΗΝ ΕΙΔΙΚΗ, ΣΑΦΗ ΚΑΙ ΣΥΓΚΕΚΡΙΜΕΝΗ ΑΙΤΙΑΣΗ ΤΗΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ ΜΑΣ ΟΤΙ ΟΙ ΟΡΟΙ ΣΤΟ ΤΜΗΜΑ 5: ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΥΠΟΣΤΗΡΙΞΗΣ ΕΓΚΑΤΕΣΤΗΜΕΝΑ ΣΥΣΤΗΜΑΤΑ ΚΑΤΑΣΚΕΥΑΣΤΙΚΟΥ ΟΙΚΟΥ ITALRAY ΨΗΦΙΑΚΟ ΑΚΤΙΝΟΛΟΓΙΚΟ, ΣΤΙΣ ΣΕΛ. 72-73 ΤΗΣ ΥΠΟ ΚΡΙΣΗ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ ΚΑΙ ΣΤΟ ΤΜΗΜΑ:6 ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΥΠΟΣΤΗΡΙΞΗΣ ΕΓΚΑΤΕΣΤΗΜΕΝΑ ΣΥΣΤΗΜΑΤΑ ΚΑΤΑΣΚΕΥΑΣΤΙΚΟΥ ΟΙΚΟΥ G.E. ΨΗΦΙΑΚΟΣ ΜΑΣΤΟΓΡΑΦΟΣ, ΣΤΗ ΣΕΛ. 74 ΤΗΣ ΥΠΟ ΚΡΙΣΗ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ ΕΙΝΑΙ ΟΛΩΣ ΜΗ ΝΟΜΙΜΟΙ ΚΑΙ ΠΑΡΑΒΙΑΖΟΥΝ ΤΗΝ ΑΡΧΗ ΤΗΣ ΑΝΑΛΟΓΙΚΟΤΗΤΑΣ.

Διότι η Αναθέτουσα Αρχή ουδόλως απαντάει επί της ειδικής, σαφούς και συγκεκριμένης αιτίασης της προσφυγής μας ότι οι όροι στις σελ. 72-73 (ΤΜΗΜΑ 5) και στη σελ. 74 (ΤΜΗΜΑ 6) της υπό κρίση διακήρυξης είναι όλως μη νόμιμοι, με αποτέλεσμα τον αυτόματο αποκλεισμό της εταιρείας μας από τη δυνατότητα συμμετοχής της στον υπό κρίση διαγωνισμό.

Σύμφωνα με τους προσβαλλόμενους όρους, οι συμμετέχοντες καλούνται, να παρέχουν υπηρεσίες, ως επίσημα εξουσιοδοτημένοι για την διενέργεια προληπτικών συντηρήσεων μέσω της εξειδικευμένης και πιστοποιημένης από

Αριθμός απόφασης: 194/2021

τον κατασκευαστικό οίκο τεχνικής υπηρεσίας, σύμφωνα με τις οδηγίες του κατασκευαστικού οίκου. Ακόμη, απαιτείται να κατατεθούν τα πιστοποιητικά εκπαιδεύσεων των Μηχανικών της Αναδόχου Εταιρείας, από τον Κατασκευαστικό οίκο, τα οποία πρέπει να αφορούν τον συγκεκριμένο εξοπλισμό του Κατασκευαστικού Οίκου που είναι εγκατεστημένος (επί ποινή αποκλεισμού).

Ωστόσο, οι εν λόγω όροι του διαγωνισμού παραβιάζουν καταφανώς την αρχή της αναλογικότητας, την αρχή του υγιούς ανταγωνισμού, καθώς και την αρχή της διαφάνειας προς διασφάλιση της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων στους δημόσιους διαγωνισμούς, καθώς εισάγουν απαγορεύσεις, περιορισμούς και διακρίσεις που είναι αθέμιτες, αφού νοθεύουν μη νόμιμα τον ανταγωνισμό. Αντιθέτως, η διακήρυξη θα έπρεπε να θέτει τεχνικές προδιαγραφές που επιτρέπουν τη συμμετοχή σε όλες τις εταιρείες που πληρούν τα τιθέμενα κριτήρια, δηλαδή με κάποιο αντικειμενικό ποιοτικό ή ποσοτικό κριτήριο.

Και τούτο διότι οι ανωτέρω όροι έχουν ενσωματωθεί στο «ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ IV – ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ – ΠΟΣΟΤΗΤΕΣ», ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΚΑΙ ΠΡΟΥΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ, ΓΙΑ ΤΗΝ ΕΠΙΣΚΕΥΗ ΚΑΙ ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΤΟΥ ΙΑΤΡΙΚΟΥ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ ΤΟΥ *** (CPV: ***) της υπό κρίση διακήρυξης, στο οποίο πρέπει να περιλαμβάνονται οι τεχνικές προδιαγραφές που απαιτείται να πληρούν οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς. Εντούτοις, οι ανωτέρω όροι δεν αποτελούν τεχνικές προδιαγραφές της υπό ανάθεση σύμβασης, αλλά κριτήρια ποιοτικής επιλογής των υποψηφίων οικονομικών φορέων, καθώς αφορούν τους ίδιους τους υποψηφίους οικονομικούς φορείς και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που διαθέτουν. Συνεπώς, όλως μη νομίμως έχουν τεθεί στο «ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ IV – ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ – ΠΟΣΟΤΗΤΕΣ» της διακήρυξης, ενώ θα έπρεπε σε αυτό να περιλαμβάνονται αποκλειστικά και μόνο τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά της υπό ανάθεση υπηρεσίας, ήτοι τα χαρακτηριστικά της ίδιας της παρεχόμενης υπηρεσίας.

Επιπροσθέτως, στα πλαίσια των αρχών της αναλογικότητας, του υγιούς ανταγωνισμού, καθώς και της διαφάνειας προς διασφάλιση της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων στους δημόσιους διαγωνισμούς, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να απέχουν από τυχόν απαιτήσεις το προσωπικό του υποψηφίου αναδόχου να είναι εξουσιοδοτημένο απευθείας

Αριθμός απόφασης: 194/2021

από τον κατασκευαστικό οίκο του απαιτούμενου εξοπλισμού για την παροχή των υπό ανάθεση υπηρεσιών συντήρησης, καθώς και από τυχόν απαιτήσεις να κατατεθούν τα πιστοποιητικά εκπαιδεύσεων των Μηχανικών της Αναδόχου Εταιρείας, από τον Κατασκευαστικό οίκο, τα οποία πρέπει να αφορούν τον συγκεκριμένο εξοπλισμό του Κατασκευαστικού Οίκου που είναι εγκατεστημένος (επί ποινή αποκλεισμού). Και τούτο διότι, τέτοιου είδους απαιτήσεις αποδεικτικών μέσων υπερβαίνουν τα χαρακτηριστικά του αναγκαίου, κατάλληλου και πρόσφορου μέσου απόδειξης της τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων αναδόχων σε σχέση με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης.

Εντούτοις, η Αναθέτουσα Αρχή ουδόλως απαντάει επί των ως άνω νόμιμων και βάσιμων ισχυρισμών μας, αλλά αντιθέτως αντιθέτως αρκείται στην απλή παράθεση των διαλαμβανόμενων στο με αριθμ. 28981/21-12-2020 έγγραφο της επιτροπής σύνταξης τεχνικών προδιαγραφών με ΘΕΜΑ: Απάντηση Προδικαστικής Προσφυγής της εταιρείας « .» με αριθ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1927/18-12-2020

Συνεπώς, δεν απαντάει καθόλου επί της ουσίας των απολύτως νόμιμων και βάσιμων ισχυρισμών της προσφυγής μας.

Δέον να σημειωθεί δε ότι χαρακτηρίζει την προσφυγή μας ως δήθεν αόριστη, αναληθή, αβάσιμη κατά το νόμο, αναπόδεικτη και ανεπίδεκτη δικαστικής εκτίμησης, χωρίς ωστόσο να επικαλείται κανένα απολύτως στοιχείο και χωρίς να επιχειρηματολογήσει κατ' ουδένα τρόπο».

15. Επειδή το άρθρο 346 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα , σύμφωνα με το άρθρο 368 [...]».

Αριθμός απόφασης: 194/2021

16. Επειδή το άρθρο 360 του Ν.4412/2016 ορίζει ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

17. Επειδή το άρθρο 362 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι « [...] Η προδικαστική προσφυγή περιέχει τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της».

18. Επειδή, κατά τη θεωρία και νομολογία το έννομο συμφέρον θα πρέπει να είναι και άμεσο από την άποψη ότι το προβαλλόμενο προσωπικό συμφέρον πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με το πρόσωπο του προσφεύγοντος, χωρίς να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, και ενεστώς, δηλαδή να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό (Π. Δαγτόγλου, *Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο*, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014). Πρέπει, επομένως, να υπάρχει συρροή των κάτωθι : α) η προσβαλλόμενη πράξη να έχει προκαλέσει βλάβη, υλική ή ηθική, ή να είναι βέβαιο ότι θα προκαλέσει βλάβη και β) να υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της προβαλλόμενης βλάβης (ΣΤΕ 7μ. 1898/2016), ήτοι μια ειδική έννομη σχέση του προσφεύγοντα με την προσβαλλόμενη πράξη (Σπ. Βλαχόπουλος, *Όψεις της δικαστικής προστασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας – το παράδειγμα του ν. 2522/1997 για τα δημόσια έργα*, 1998, σελ 199, Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, 2017, σελ. 745 επ.), άλλως να την υφίσταται υπό συγκεκριμένη ιδιότητα ως υποψηφίου στην οικεία διακήρυξη (ΣΤΕ 880/2016 7μ. σκ. 13, 1844/2013 7μ. σκ. 15, 2973/1989), άλλως, ως ενδιαφερομένου μεν να συμμετάσχει σ' αυτήν, αλλά αποκλεισμένου δυνάμει ρήτρας της προκηρύξεως (ΣΤΕ 4606/2012, 1982-1985, 1987/2011) και δεν αρκεί το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για την σύννομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΣΤΕ 4391/2011 7μ., 2446/1992 7μ.). Περαιτέρω, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι και ενεστώς, ήτοι η βλάβη που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο να έχει ήδη επέλθει ή να είναι

Αριθμός απόφασης: 194/2021

βέβαιο ότι θα επέλθει κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής (ΣτΕ 1442/97 ΔΔικ 1997/1136) και να υφίσταται σωρευτικά τόσο κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης, όσο και κατά την άσκηση της προσφυγής και την εξέταση αυτής (παρ. ενδεικτικά ΣτΕ 956/95 ΔΔικ 1995/577, ΣτΕ Ολομ. 280/96 ΔΔικ 1996/844, ΔτΕ 416/2002λ 2239/2003, Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, *Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*, ΔιοικΔ, 2010, τ.4, σελ 846-7). Δεν νομιμοποιείται επομένως όποιος θεμελιώνει το έννομο συμφέρον του σε μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα, τα οποία δεν αποτελούν αναγκαία συνέπεια της ακύρωσης της πράξης (ΣτΕ 1425/93 ΔΔικ 1994/831).

19. Επειδή, ανεξαρτήτως προβολής του από την αναθέτουσα αρχή, το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής ως και από τον δικαστή (βλ. ΣτΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κα). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣτΕ 928/2004) υπό την έννοια ότι δεν δύναται το αρμόδιο όργανο να συμπληρώσει τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος καθόσον το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει ο τελευταίος (ΣτΕ 4524/2009, 3900/2006) και μόνο προαποδεικτικώς (ΣτΕ 1898/2016, 7μελής), ήτοι στην περίπτωση της προσφυγής με την κατάθεσή της εφόσον δεν προβλέπεται από τον ν. 4412/2016 και το οικείο κανονιστικό πλαίσιο (ΠΔ 39/2017) η συμπλήρωση της προσφυγής με υποβολή υπομνήματος. Δεν αρκεί, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για άσκηση της προσφυγής αλλά απαιτείται η προσκόμιση και μάλιστα προαποδεικτικώς – ως ισχύει και στην ακυρωτική δίκη- των απαραίτητων για την απόδειξη αυτού στοιχείων (ΣτΕ Ολομ. 4570/96, ΔΔικ 1997/673, ΣτΕ 3664/1998, Βλαδίμηρος Δ. Μωυσίδης, *Κώδικας Διοικητικής Δικονομίας Κατ' άρθρο ερμηνεία – νομολογία*, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017).

20. Επειδή το έννομο συμφέρον του οικονομικού φορέα, που προσφεύγει ενώπιον της ΑΕΠΠ εξειδικεύεται αυθεντικά και αποκλειστικά από τον ίδιο, εξετάζεται δε από την τελευταία ως προς την νομιμότητά του, την

Αριθμός απόφασης: 194/2021

απόδειξή του και τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά του, που επιβάλλουν την έννομη προστασία του, ότι δεν είναι ανταγωνιστικό του δημοσίου συμφέροντος, και ότι δεν είναι αποδοκιμαστέο ως ιδιοτελής (πρβλ. Δημήτριος Θ. Πυργάκης, *Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 17).

21. Επειδή η βλάβη, ως βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, πρέπει να προσδιορίζεται ειδικώς (ΣΤΕ 1995/2016). Οφείλει, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται τις δυσμενείς μεταβολές που επέρχονται σε βάρος του από την πράξη προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για άσκηση προσφυγής (βλ. ΣΤΕ 3905/2004).

22. Επειδή σε κάθε περίπτωση οι προβαλλόμενοι από τον προσφεύγοντα λόγοι ακύρωσης περί υπάρξεως πλημμελειών, όσο σοβαρές και εάν είναι οι πλημμέλειες αυτές, και όσο κατάφωρη η παράβαση νόμου, δεν μπορούν να θεμελιώσουν έννομο συμφέρον για τον προσφεύγοντα, αφού άλλωστε η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της αιτήσεως και όχι στο παραδεκτό αυτής (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, *Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017).

23. Επειδή ειδικότερα, καθόσον αφορά σε προσβολή όρων διακήρυξης έχει *ad hoc* κριθεί στα πλαίσια του προϊσχύσαντος δικαίου το οποίο δεν διαφοροποιείται ως προς τούτο, εν σχέσει με τον ισχύοντα ν. 4412/2016, ότι το θεσπισθέν σύστημα παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι ανωτέρω συμβάσεις από βλάβη την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν, εξαιτίας πιθανολογούμενης παράβασης, εκ μέρους της Διοίκησης, των κανόνων οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία της επιλογής του αναδόχου της μέλλουσας να συναφθεί σύμβασης, καθώς και τα κριτήρια βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο ανάδοχος. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση προμήθειας ασκήσει αίτηση ασφαλιστικών μέτρων κατά της σχετικής διακήρυξης, πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεστεί βλάβη από όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις

Αριθμός απόφασης: 194/2021

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 την συμμετοχή του στον διαγωνισμό (Ε.Α. ΣΤΕ 415/2014, 314/2013, 718, 472/2012, 1140/2010, 203, 670, 1354/2009, 609, 1258, 1316/2008 κα). Σε περίπτωση, δε, που ο αιτών, τελικώς, μετάσχει στο διαγωνισμό, με επιφύλαξη, προσβάλλει δε με την αίτηση ασφαλιστικών μέτρων συγκεκριμένο όρο της διακήρυξης, 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 στο διαγωνισμό, ενδέχεται να υποστεί ζημία από τον όρο αυτό της διακήρυξης (Ε.Α. ΣΤΕ 16/2015, 718, 616/2012, ΔΕφΑΘ 44/2015 (ΑΝΑΣΤ). Ενώ αντίστροφα στερείται εννόμου συμφέροντος αμφισβήτησης των όρων της διακήρυξης, ο αιτών που μετέσχε στον επίδικο διαγωνισμό δίχως να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου ούτε να προβάλλεται ότι όχι μόνον δεν είχε αμφισβητήσει τη νομιμότητα της διακήρυξης αλλά και ότι δεν είχε διατυπώσει σχετική επιφύλαξη κατά την κατάθεση της προσφοράς του (ΣΤΕ 22/2015 (ΑΣΦ). Ειδικότερα, απαραδέκτως χωρίς έννομο συμφέρον ζητείται η ακύρωση όρων της διακήρυξης εφόσον ο αιτών συμμετείχε του διαγωνισμού χωρίς να προκύπτει επιφύλαξη και ίδια χωρίς να διατυπώσει επιφύλαξη ως προς τους αμφισβητούμενους όρους (ΣΤΕ 99/2018 (ΑΝΑΣΤ) ΣΤΕ 342/2009 (ΑΣΦ) ΣΤΕ 1415/2000 Ολ., ΕΑ 754/2008, 516, 361/2007, 1121, 956, 728/2006). Ειδικότερα, σε περίπτωση που ο αιτών, τελικώς, μετάσχει στο διαγωνισμό, με επιφύλαξη, προσβάλλει δε με την αίτηση ασφαλιστικών μέτρων συγκεκριμένο όρο της διακήρυξης, 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 στο διαγωνισμό με επιφύλαξη, ενδέχεται να υποστεί ζημία από τον όρο αυτό της διακήρυξης (ΣΤΕ 616/2012 (ΑΣΦ), 718/2012, ΔΕφΠειρ 34/2013 (ΑΣΦ).

24. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, ο προσφεύγων υπέβαλε προσφορά στον διαγωνισμό την 18.12.2020 ήτοι κατά

Αριθμός απόφασης: 194/2021

την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών. Η προσφορά του προσφεύγοντος, όπως και των λοιπών οικονομικών φορέων δεν έχει αποσφραγιστεί, και δεν προκύπτει από τα έγγραφα και στοιχεία της διαδικασίας ως βρίσκονται αναρτημένα στο ΕΣΗΔΗΣ ότι ο προσφεύγων έχει υποβάλει την προσφορά του με επιφύλαξη, και ιδίως επιφυλασσόμενος ως προς την νομιμότητα των προσβαλλόμενων με την προσφυγή όρων της διακήρυξης. Συγκεκριμένα, δεν προκύπτει από τα προσβάσιμα έγγραφα και στοιχεία της διαδικασίας ως βρίσκονται αναρτημένα στην επικοινωνία και στην κεντρική ηλεκτρονική σελίδα του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, οποιαδήποτε δήλωση ή ηλεκτρονικό έγγραφο από το οποίο να προκύπτει ότι ο προσφεύγων έχει υποβάλει προσφορά και συμμετέχει στον διαγωνισμό με επιφύλαξη. Περαιτέρω, δεν προκύπτει ούτε από την υπό εξέταση προσφυγή ούτε από το υπόμνημα που κατατέθηκε την 7.01.2021, ήτοι μετά την κατάθεση της προσφοράς του προσφεύγοντος στον διαγωνισμό, ότι ο προσφεύγων κατέθεσε την προσφορά του με τη ρητή επιφύλαξη της νομιμότητας της διακήρυξης και δη των προσβαλλόμενων όρων. Τουναντίον αορίστως και αναποδείκτως ο προσφεύγων ισχυρίζεται στην υπό κρίση προσφυγή ότι προτίθεται μεν να συμμετάσχει στον διαγωνισμό πλην όμως αποκλείεται η συμμετοχή του, λόγω ακριβώς των προσβαλλόμενων όρων της διακήρυξης και, ως εκ τούτου, υφίσταται βλάβη επειδή ακριβώς αποκλείεται η συμμετοχή του στην διαδικασία. Ειδικότερα μάλιστα, δεν προκύπτει από την προσφυγή δήλωση του προσφεύγοντος περί συμμετοχής της στο διαγωνισμό με επιφύλαξη, αλλά αντίθετα ρητά δηλώνεται ότι παρότι επιθυμεί να υποβάλλει προσφορά θα αποκλειστεί αυτόματα, ενώ περαιτέρω δεν προκύπτει ούτε από το υπόμνημα ότι ο προσφεύγων κατέθεσε προσφορά και συμμετέχει στο διαγωνισμό με ρητή επιφύλαξη. Ωστόσο, σύμφωνα και με τα εκτεθέντα υπό σκέψη 23, εφόσον ο προσφεύγων συμμετέχει στον διαγωνισμό με κατάθεση προσφοράς, όφειλε να προσκομίσει αποδείξεις ότι η προσφορά του στον διαγωνισμό έχει κατατεθεί με επιφύλαξη, καθόσον η συμμετοχή με ρητή επιφύλαξη συνιστά απαραίτητο στοιχείο του εννόμου συμφέροντός του για την άσκηση της προσφυγής με την οποία υποστηρίζεται ότι αποκλείεται του διαγωνισμού, στον οποίο εν τέλει συμμετέχει (βλ. *ad hoc* ΑΕΠΠ

Αριθμός απόφασης: 194/2021

336/2020). Επομένως, η υπό κρίση προσφυγή έχει ασκηθεί άνευ εννόμου συμφέροντος και πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

25. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

26. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

27. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 22 Ιανουαρίου 2021 και εκδόθηκε την 29 Ιανουαρίου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος
ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ

Ο Γραμματέας
ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΔΕΜΙΡΤΖΗΟΓΛΟΥ