

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 20.12.2019 με την εξής σύνθεση: Ευαγγελία Μιχολίτση, Πρόεδρος, Οικονόμου Μιχαήλ-Εισηγητής και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 15.11.2019 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)-Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1410/18-11-2019, της προσφεύγουσας εταιρίας με την επωνυμία», η οποία εδρεύει στην....., νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του.....» (εφεξής αναθέτουσα αρχή), νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της, η Προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενοι όροι της με αριθμ.....», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, προϋπολογισθείσας δαπάνης 1.097.983,37 € (χωρίς Φ.Π.Α), με σκοπό να τροποποιηθούν και αναδιατυπωθούν και να διαταχθεί η επιστροφή του κατατεθέντος παραβόλου.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αριθμ. πρωτ.η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε διεθνή ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την προμήθεια Ιατροτεχνολογικού Εξοπλισμού, προϋπολογισθείσας δαπάνης 1.097.983,87 € μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, στο πλαίσιο της ενταγμένης στο.....» Πράξης «Προμήθεια Ιατροτεχνολογικού Εξοπλισμού για τις ανάγκες του» (.....) με κριτήριο ανάθεσης την πλέον

Αριθμός απόφασης: 33 /2020

συμπερότερη από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (αριθμ. ΕΣΗΔΗΣ.....). Ο εν λόγω διαγωνισμός υποδιαιρείται στα κάτωθι τμήματα σύμφωνα με το άρθρο 59 ν. 4412/2016, καθένα εκ των οποίων έχει προσδιορισμένο αντικείμενο και προϋπολογισμό. Κάθε τμήμα έχει διακριτό συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ. Το προσβαλλόμενο τμήμα 1 έχει προϋπολογισμό 427.016,13 € μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% και..... Οι οικονομικοί φορείς μπορούν να υποβάλλουν προσφορά για ένα ή και όλα τα παραπάνω τμήματα και οι προσφορές μπορούν να συνταχθούν ανά είδος. Ειδικότερα τα Τμήματα του εν λόγω διαγωνισμού έχουν ως εξής.

Η σχετική προκήρυξη απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 21/10/2019. (.....). Το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 23/10/2019 όπου έλαβε ΑΔΑΜ:.....

2. Επειδή, η προσφεύγουσα προσέβαλε το Τμήμα Ι της διακήρυξης με την εν λόγω προσφυγή. Ειδικότερα προτίθεται να υποβάλει προσφορά κατά δήλωσή της για τα είδη με α/α 1 «.....» (προϋπολογισμού 258.064,52€ χωρίς Φ.Π.Α.) και α/α 2 «Αναπνευστήρας φορητός» (προϋπολογισμού 84.274,19€ χωρίς Φ.Π.Α.) του Τμήματος 1 του διαγωνισμού (α/ α συστήματος ΕΣΗΔΗΣ.....). Η αναθέτουσα αρχή επί της προσφυγής απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις από 25/11/2019 απόψεις της, τις οποίες κοινοποίησε στην προσφεύγουσα αυθημερόν μέσω της ένδειξης «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ. Επ' αυτών των απόψεων κατατέθηκε νομίμως και εμπροθέσμως από την προσφεύγουσα το από 6/12/2019 υπόμνημα της.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα κατά το άρθρο 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 έχει καταθέσει (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό.....), ποσού 1.711,69 €, ενώ επισυνάπτεται και

εκτυπωμένο αντίγραφο ηλεκτρονικής πληρωμής του ποσού στη Τράπεζα Πειραιώς, επικυρωμένη εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών ότι το ως άνω παράβολο, υπό τον αντίστοιχο Κωδικό, φέρει την ένδειξη «πληρωμένο και την ένδειξη «δεσμευμένο». Όπως δε προβάλλεται με το από 6/12/2019 υπόμνημα της προσφεύγουσας «άγει ενώπιον της ΑΕΠΠ διαφορά που αφορά και περιορίζεται αποκλειστικά και μόνον στα είδη με α/α 1 «Αναπνευστήρας ΜΕΘ» (βλ. 1ο & 2ο λόγους προσφυγής) και α/α 2 «Αναπνευστήρας Φορητός» (βλ. 3ο λόγο προσφυγής) του Τμήματος 1 του διαγωνισμού, και συνακόλουθα ως βάση υπολογισμού του παραβόλου λαμβάνεται η προϋπολογισθείσα αξία, που αντιστοιχεί στα συγκεκριμένα είδη (ήτοι 258.064,52 € + 84.274,19 €, χωρίς Φ.Π.Α) και όχι, ο προϋπολογισμός του Τμήματος Ι που έχουν ενταχθεί τα εν λόγω είδη ή ο συνολικός προϋπολογισμός της διακήρυξης, επειδή ακριβώς είναι δυνατή η μερική κατακύρωση ανά είδος κάθε Τμήματος». Συνεπώς το ποσό του κατατεθέντος παραβόλου είναι το σύννομο και ορθό απορριπτόμενου συγχρόνως του περί του αντιθέτου ισχυρισμού της αναθέτουσας αρχής (βλ. ΔεφΘεσ. 37/2019).

4. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε εμπρόθεσμα την κρινόμενη Προσφυγή, υποβάλλοντάς την στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» την 15.11.2019, (και κοινοποιήθηκε η προσφυγή στην ΑΕΠΠ με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο αυθημερόν) σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016, δοθέντος ότι η διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 23/10/2019 και κάνοντας χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016. Η προσφυγή της εταιρείας αναρτήθηκε στις 18/11/2019 στην αρχική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (α/α ΕΣΗΔΗΣ.....) και κοινοποιήθηκε μέσω του συστήματος επικοινωνίας από την αναθέτουσα αρχή αυθημερόν σε όλους τους συμμετέχοντες προκειμένου να λάβουν γνώση και για τις νόμιμες συνέπειες, ιδίως δε προκειμένου να ασκηθεί τυχόν δικαίωμα παρέμβασης από κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο. Πλην όμως ουδεμία παρέμβαση κατετέθη.

5. Επειδή, αντίστοιχα, ο επίδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του αλλά και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης σύμφωνα με όσα εκτέθηκαν ανωτέρω, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016. Επομένως, νομίμως φέρεται προς εξέταση η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή στο 5ο κλιμάκιο της ΑΕΠΠ.

6. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή προέβη στην προβλεπόμενη από το άρθρο 9 παρ. 1 α κοινοποίηση του ΠΔ 39/2017 της Προσφυγής, με την ανάρτηση της προσφυγής στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 18/11/2019.

7. Επειδή η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο προσφυγής υποστηρίζει ότι «Στον εν λόγω διαγωνισμό προτίθεται να συμμετέχει και να υποβάλλει προσφορά η εταιρία μας, πλην όμως αποκλείεται εκ προοιμίου η συμμετοχή της για το είδος με α/α 1 του Τμήματος 1 της διακήρυξης, ήτοι για τον «Αναπνευστήρα ΜΕΘ», προϋπολογισθείσας αξίας 258.064,53 €, λόγω συμπερίληψης στη διακήρυξη του πρώτου κριτηρίου επιλογής για την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των συμμετεχόντων. Ειδικότερα: Ο όρος 2.2.6 της διακήρυξης, μεταξύ άλλων, απαιτεί: «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα: Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης, σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: α) να έχουν συνάψει και επιτυχώς ολοκληρώσει από το 2016 έως σήμερα τουλάχιστον μια σύμβαση προμήθειας αντίστοιχου ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού στον ιδιωτικό ή δημόσιο τομέα, ύψους τουλάχιστον στο 70% της εκτιμώμενης αξίας μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ του κάθε είδους για το οποίο θα υποβάλλουν προσφορά...». Δηλαδή, φαίνεται (αν δεν πρόκειται για κακότεχνη διατύπωση του όρου), να απαιτεί -ανεξαρτήτως του αριθμού και της συνολικής αξίας των συμβάσεων που έχει συνάψει ένας οικονομικός φορέας εντός του επίμαχου χρονικού διαστήματος - έστω η μία συναφθείσα σύμβαση προμήθειας να είναι αξίας τουλάχιστον 180.645,16 € (=258.064,53 € X 70%). Δηλαδή, άνευ οιαδήποτε δικαιολογητικού λόγου αποδίδει βαρύτητα για την κρίση περί τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας των υποψηφίων όχι στη συνολική αξία των συναφθεισών συμβάσεων, αλλά στην αυθαίρετη απαίτηση τουλάχιστον μία εξ αυτών να υπερβαίνει το οικονομικό κατώφλι που θέτει. Εξάλλου, στο

σχετικό πεδίο του αποτελούντος αναπόσπαστο μέρος της διακήρυξης Ε.Ε.Ε.Σ (που μεταφέρει τις ρυθμίσεις του Μέρους II του Παραρτήματος XII του ν. 4412/2016) διατυπώνεται το εξής ερώτημα στο οποίο υποχρεούνται να απαντήσουν οι συμμετέχοντες: «Κατά τη διάρκεια της περιόδου αναφοράς, ο οικονομικός φορέας έχει προβεί στις ακόλουθες κυριότερες παραδόσεις του είδους που έχει προσδιοριστεί: Κατά τη σύνταξη του σχετικού καταλόγου αναφέρετε τα ποσά, τις ημερομηνίες και τους δημόσιους ή ιδιωτικούς παραλήπτες.», δηλαδή, το ερώτημα αποσκοπεί και αποδίδει βαρύτητα αφ' ενός στη χρονική περίοδο αναφοράς και αφ' ετέρου στα ποσά (στην αξία) των εκτελεσθεισών συμβάσεων, εν γένει και συνολικά, άνευ οιασδήποτε σύνδεσης τους με την προαναφερόμενη απαίτηση της διακήρυξης. Ενόψει των ανωτέρω, η εταιρία μας που έχει συνάψει και εκτελέσει επιτυχώς στο επίμαχο διάστημα τις παρακάτω συμβάσεις προμήθειας αναπνευστήρων:

-

ήτοι συμβάσεις συνολικής αξίας 690.405 € (πολλαπλάσιας αξίας και ποσότητας σε σχέση με την προϋπολογισθείσα αξία και ποσότητα του είδους με α/α 1 του Τμήματος 1 του ένδικου διαγωνισμού), φαίνεται να αποκλείεται εκ προοιμίου, καθώς καμίας εκ των προαναφερόμενων συμβάσεων η αξία δεν υπερβαίνει το 70% της προϋπολογισθείσας αξίας του είδους, χωρίς, βεβαίως, αυτό να καταδεικνύει την αδυναμία της εταιρίας μας για ορθή εκτέλεση της σύμβασης και τήρηση εν γένει των συμβατικών της υποχρεώσεων. Είναι προφανές, εν όψει των ανωτέρω, ότι η Αναθέτουσα Αρχή κινήθηκε εκτός του κανονιστικού πλαισίου του άρθρου 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, θεσπίζοντας μη εύλογη, αυθαίρετη και απρόσφορη απαίτηση ως προς τα κατώτατα όρια της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των συμμετεχόντων, που αποκλείει αδικαιολόγητα τη συμμετοχή της εταιρίας μας».

8. Επειδή, στη συνέχεια με τον δεύτερο λόγο προσφυγής υποστηρίζεται ότι «Μεταξύ των Τεχνικών Προδιαγραφών για το είδος με α/α 1 του Τμήματος 1 της διακήρυξης («Αναπνευστήρας ΜΕΘ») και στην Ενότητα Γ αυτών υπό τον τίτλο «Ρυθμίσεις παραμέτρων αερισμού» συμπεριλαμβάνεται και η εξής: «Να ρυθμίζονται:... / Σκανδαλισμός (trigger) ροής ή/και πίεσης σε μεγάλο εύρος...» ΟΜΩΣ, καταρχάς, υπό την ως άνω διατύπωση του όρου και μόνον, είναι πρόδηλο ότι δεν προδιαγράφεται μία ελάχιστη τεχνική απαίτηση,

που να επιτρέπει απλώς την προσφορά όμοιων ή παρεμφερών ειδών, αλλά δίδεται η δυνατότητα υποβολής «εναλλακτικών» (ανόμοιων και μη ισοδύναμων, όμως, μεταξύ τους) προσφορών και άρα μη συγκρίσιμων, ενόψει του επιλεγέντος κριτηρίου ανάθεσης. Και τούτο διότι οι δύο ρυθμίσεις σκανδαλισμού -ροής και πίεσης- είναι εκ φύσεως και κατασκευής ανόμοιες, καθώς η μεν πρώτη προκύπτει από τη μέτρηση της μείωσης της ροής στο κύκλωμα του αναπνευστήρα κατά την εισπνοή του ασθενούς, η δε δεύτερη από τη μέτρηση της πτώσης της πίεσης, κατά την ίδια διαδικασία, ενώ τη διαφορετικότητα των δύο μεθόδων (στη βάση λειτουργίας τους αλλά και στην κλινική ρουτίνα) επιβεβαιώνουν σειρά επιστημονικών δημοσιεύσεων. Εν προκειμένω, η εταιρία μας που προτίθεται να προσφέρει τον σύγχρονης τεχνολογίας αναπνευστήρατου Οίκου.....Σουηδίας, ο οποίος διαθέτει σκανδαλισμό ροής και πίεσης σε μεγάλο εύρος, τίθεται σε δυσμενέστερη μοίρα έναντι άλλων συμμετεχόντων, που θα προσφέρουν -ή θα επιλέξουν σκοπίμως να προσφέρουν- τεχνολογικά υποδεέστερα μηχανήματα (ήτοι που διαθέτουν ένα μόνον τύπο σκανδαλισμού), με συνέπεια η προσφορά μας αδικαιολόγητα να μην δύναται να πριμοδοτηθεί και προκριθεί έναντι αυτών υπό συνθήκες αξιοκρατίας και ισότιμης μεταχείρισης (πρβλ. Ε.Α ΣτΕ 263/2011, σκ. 7 με περαιτέρω παραπομπές). Συνεπώς, εν όψει όλων των ανωτέρω, η προπαρατιθέμενη απαίτηση της Διακήρυξης που οδηγεί σε σύγκριση ανόμοιων και, συνακόλουθα, εξ ορισμού μη συγκρίσιμων, ως προς την κάλυψη του εν λόγω τεχνικού χαρακτηριστικού, προσφορών, πρέπει να τροποποιηθεί ή αναδιατυπωθεί αναλόγως εφ' όσον η Αναθέτουσα Αρχή εμείνει στο επιλεγέν κριτήριο ανάθεσης, άλλως αντικειμενική και ισότιμη αξιολόγηση των προσφορών με την υφιστάμενη διατύπωση του όρου, δεν δύναται να υπάρξει παρά μόνον με την αλλαγή του κριτηρίου ανάθεσης και επιλογής της πλέον συμφέρουσας προσφοράς βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας -τιμής ως τέτοιου, προκειμένου να πριμοδοτείται βαθμολογικά η προσφορά αναπνευστήρα που διαθέτει και τις δύο μεθόδους σκανδαλισμού (όπως της εταιρίας μας)».

9. Επειδή, τέλος με τον τρίτο λόγο προσφυγής προβάλλεται ότι «Η διακήρυξη μεταξύ των απαιτήσεων για το είδος με α/α 1 του Τμήματος 1 απαιτεί, μεταξύ άλλων, ορθώς και νομίμως: «1. Οι ρυθμίσεις και τα μηνύματα

του αναπνευστήρα να παρουσιάζονται στην Ελληνική και στην Αγγλική γλώσσα, κατ' επιλογή του χρήστη», καθώς η ύπαρξη ελληνικού «μενού», είναι προαπαιτούμενο για τη νόμιμη κυκλοφορία και χρήση ενός ιατροτεχνολογικού προϊόντος στην εγχώρια αγορά, κατ' ευθεία και άνευ άλλου τινός εφαρμογή της υπ' αριθμ. ΔΥ8δ/Γ.Π.οικ.130648/2-10-2009 Κοινής Υπουργικής Απόφασης των Υπουργών Οικονομίας και Οικονομικών - Ανάπτυξης - Υγείας και Κοινωνικής Αλληλεγγύης «Περί Ιατροτεχνολογικών Προϊόντων», με την οποία ενσωματώθηκε στην Εθνική Νομοθεσία η Οδηγία 93/42/ΕΟΚ. (βλ. ιδίως άρθρο 4 παρ. 4 & Παράρτημα Ι σημείο 13 της εν λόγω Κ.Υ.Α). Πλην όμως ανάλογη απαίτηση για ελληνικό «μενού», που να εξασφαλίζει την ορθή και ασφαλή λειτουργία των υπό προμήθεια αναπνευστήρων, ελλείπει και δεν έχει συμπεριληφθεί (προφανώς εξ αβλεψίας ή παραδρομής) μεταξύ των απαιτήσεων για το είδος με α/α 2 του Τμήματος 1 («Φορητός Αναπνευστήρας»), με συνέπεια η εταιρία μας που προτίθεται να προσφέρει τον σύγχρονης τεχνολογίας αναπνευστήρα του Οίκου Σουηδίας για το εν λόγω είδος και που συμμορφώνεται πλήρως με την Κοινοτική και Εθνική Νομοθεσία «Περί ιατροτεχνολογικών προϊόντων» (διαθέτοντας προϊόν με ρυθμίσεις και μηνύματα στην ελληνική γλώσσα), να κινδυνεύει να τεθεί σε δυσμενέστερη μοίρα συγκρινόμενη η προσφορά της με ανταγωνιστών που τα προϊόντα τους, παρανόμως δεν διαθέτουν την εκ του νόμου επιβαλλόμενη απαίτηση. Εν όψει των ανωτέρω, πρέπει να συμπεριληφθεί και ρητώς η -ούτως ή άλλως εξυπακουόμενη- επίμαχη απαίτηση και για το είδος με α/α 2 του Τμήματος 1 («Φορητός Αναπνευστήρας»), προς αποφυγή ασαφειών και παρερμηνειών της ένδικης διακήρυξης και συνακόλουθα άνισης μεταχείρισης της προσφοράς της εταιρίας μας».

10. Επειδή, με τις ως άνω απόψεις της επί της προδικαστικής προσφυγής η αναθέτουσα υποστηρίζει αυτολεξεί τα κάτωθι : «Επί του πρώτου λόγου της προσφυγής - (υπό ΙΙ της προσφυγής-Επί των γενικών όρων) Στην παράγραφο 2.2.6 της διακήρυξης αναφέρεται : «2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: α) να έχουν συνάψει και επιτυχώς ολοκληρώσει από το 2016 έως σήμερα τουλάχιστον μία σύμβαση προμήθειας αντίστοιχου

ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού στον ιδιωτικό ή δημόσιο τομέα, ύψους τουλάχιστον στο 70% της εκτιμώμενης αξίας μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ του κάθε είδους για το οποίο θα υποβάλλουν προσφορά». Σύμφωνα με το άρθρο 75 παρ. 1 του Ν. 4412/16 «Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει ... τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης». Επίσης σύμφωνα με τη με αρ. πρωτ. 1111/04-03-2016 Κατευθυντήρια Οδηγία 13 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (ΑΔΑ: ΩΒΥ7ΟΞΤΒ-ΤΛ7) «η αναθέτουσα αρχή μπορεί για παράδειγμα να προσδιορίζει τις ελάχιστες απαιτήσεις της για την τεκμηρίωση της επαγγελματικής και τεχνικής επάρκειας των υποψήφιων/προσφερόντων οικονομικών φορέων, με αναφορά πχ: • στην προηγούμενη υλοποίηση συναφούς αντικειμένου συμβάσεων

- στο είδος των έργων, των υπηρεσιών ή των προμηθειών για τις οποίες απαιτείται η ύπαρξη εμπειρίας
- στον απαιτούμενο αριθμό ολοκληρωμένων συμβάσεων εντός ορισμένου διαστήματος συνοδευόμενο από πιστοποιητικά καλής εκτέλεσης
- στον απαιτούμενο προϋπολογισμό των αναφερόμενων συμβάσεων...».

Σύμφωνα με τον επίμαχο όρο, οι οικονομικοί φορείς όφειλαν να έχουν εκτελέσει μία τουλάχιστον σύμβαση προμήθειας αντίστοιχου, και όχι αποκλειστικά ίδιου, ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού. Στην προκειμένη δε περίπτωση, η προσφεύγουσα δεν ήταν απαραίτητο να έχει συνάψει και επιτυχώς εκτελέσει μία τουλάχιστον σύμβαση προμήθειας αναπνευστήρων, αλλά αντίστοιχου ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού π.χ. αναισθησιολογικών συγκροτημάτων. Ο συγκεκριμένος όρος δεν τέθηκε προκειμένου να αποκλεισθεί η συμμετοχή στο διαγωνισμό υποψήφιων οικονομικών φορέων αλλά προκειμένου να διασφαλιστεί η ικανότητα του οικονομικού φορέα να εκτελέσει τη σύμβαση και να καταστεί επιλέξιμη η δαπάνη καθόσον πρόκειται για προμήθεια συγχρηματοδοτούμενη από την Ευρωπαϊκή Ένωση (Ευρωπαϊκό Ταμείο Περιφερειακής Ανάπτυξης - ΕΣΠΑ), σύμφωνα και με τις οδηγίες που λάβαμε από τη Διαχειριστική Αρχή. Ως προς το ΕΕΕΣ και το σχετικό πεδίο που αναφέρει η προσφεύγουσα, θα επισημάνουμε ότι πρόκειται

για τυποποιημένο έντυπο, δεν υπάρχει δηλαδή δυνατότητα ακριβούς προσαρμογής του στη διακήρυξη. Από τον κατάλογο κυριότερων παραδόσεων με αναφορά σε ποσά, ημερομηνίες και παραλήπτες που θα συντάξει ο οικονομικός φορέας, θα προκύψει προκαταρκτικά η κάλυψη του όρου 2.2.6. Παρόλα ταύτα, επειδή, όπως προαναφέρουμε σκοπός του συγκεκριμένου όρου είναι να διασφαλιστεί η ικανότητα του οικονομικού φορέα να εκτελέσει τη σύμβαση, μετά και από τη σύμφωνη γνώμη της επιτροπής τεχνικών προδιαγραφών, ο συγκεκριμένος λόγος της προσφυγής μπορεί να γίνει αποδεκτός και ο επίμαχος όρος της διακήρυξης να τροποποιηθεί ως εξής: «α) να έχουν συνάψει και επιτυχώς ολοκληρώσει από το 2016 έως σήμερα σύμβαση/συμβάσεις προμήθειας αντίστοιχου ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού στον ιδιωτικό ή δημόσιο τομέα, συνολικού ύψους τουλάχιστον στο 70% της εκτιμώμενης αξίας μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ του κάθε είδους για το οποίο θα υποβάλλουν προσφορά». Επί του δεύτερου λόγου της προσφυγής (υπό III 1 της προσφυγής). Ως προς τις τεχνικές προδιαγραφές του είδους με α/α 1 του Τμήματος 1 στις οποίες περιλαμβάνεται ο όρος « Γ. Ρυθμίσεις παραμέτρων αερισμού. Να ρυθμίζονται: ... f. Σκανδαλισμός (Trigger) ροής ή/και πίεσης σε μεγάλο εύρος», η επιτροπή σύμφωνα με το υπ' αριθμ. πρωτ. 39424/21-11- 2019 έγγραφό της θεωρεί ότι δεν υπάρχει λόγος τροποποίησης της προδιαγραφής καθώς « Η εν λόγω προδιαγραφή δεν αποκλείει την συμμετοχή της εταιρείας..... Επιπλέον, η προσφεύγουσα εταιρεία δεν είχε προβεί σε καμία παρατήρηση για την εν λόγω προδιαγραφή κατά τη διάρκεια των δύο δημόσιων διαβουλεύσεων των τεχνικών προδιαγραφών. Αν και θα ήταν επιθυμητός ο σκανδαλισμός ροής και πίεσης, δεν είναι απαραίτητος. Τυχόν υιοθέτησή του μπορεί να οδηγήσει σε αποκλεισμό οικονομικών φορέων και περιορισμό του ανταγωνισμού». Κατά συνέπεια ο δεύτερος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί. Επί του τρίτου λόγου της προσφυγής (υπό III 2 της προσφυγής). Ως προς τις τεχνικές προδιαγραφές του είδους με α/α 2 του Τμήματος 1, εκ προφανούς παραδρομής δεν προστέθηκε στις προδιαγραφές το ελληνικό μενού. Αλλά αφού εκ του νόμου είναι προαπαιτούμενο, η αρμόδια προς αξιολόγηση των προσφορών επιτροπή, η οποία θα απαρτίζεται από άτομα επιστημονικού κύρους και με γνώσεις επί του αντικείμενου, δεν θα έκρινε ως κατάλληλο

εξοπλισμό χωρίς ελληνικό μενού, ο οποίος σύμφωνα με την προσφεύγουσα παρανόμως κυκλοφορεί στην εγχώρια αγορά. Η δε αρμόδια προς τούτο επιτροπή σύνταξης τεχνικών προδιαγραφών αναφέρει στο έγγραφο της «για την έλλειψη της τεχνικής προδιαγραφής σχετικής με τα μηνύματα και τις ρυθμίσεις στην Ελληνική και στην Αγγλική γλώσσα κατ' επιλογή του χρήστη, στο είδος Παρακλίνιος Φορητός Αναπνευστήρας: Η επιτροπή εκ' παραδρομής δεν συμπεριέλαβε την εν λόγω προδιαγραφή και θεωρεί απαραίτητη την ύπαρξή της». Κατά συνέπεια ο τρίτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει αποδεκτός».

11. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις της οικείας διακήρυξης του διαγωνισμού προβλέπονται τα κάτωθι. Ο όρος 2.2.6 της διακήρυξης, μεταξύ άλλων, απαιτεί: «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα: Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης, σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: α) να έχουν συνάψει και επιτυχώς ολοκληρώσει από το 2016 έως σήμερα τουλάχιστον μια σύμβαση προμήθειας αντίστοιχου ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού στον ιδιωτικό ή δημόσιο τομέα, ύψους τουλάχιστον στο 70% της εκτιμώμενης αξίας μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ του κάθε είδους για το οποίο θα υποβάλλουν προσφορά...». Στις τεχνικές προδιαγραφές του είδους με α/α 1 του Τμήματος 1 στις οποίες περιλαμβάνεται ο όρος «Γ. Ρυθμίσεις παραμέτρων αερισμού. Να ρυθμίζονται: Σκανδαλισμός (Trigger) ροής ή/και πίεσης σε μεγάλο εύρος». Τέλος η διακήρυξη μεταξύ των απαιτήσεων για το είδος με α/α 1 του Τμήματος 1 απαιτεί, μεταξύ άλλων, : «1. Οι ρυθμίσεις και τα μηνύματα του αναπνευστήρα να παρουσιάζονται στην Ελληνική και στην Αγγλική γλώσσα, κατ' επιλογή του χρήστη».

12. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 18 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. [...] Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης

δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων.[...].

13. Επειδή, το άρθρο 53 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης» προβλέπει στην παρ. 1 τα εξής «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών».

14. Επειδή, το άρθρο 54 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Τεχνικές προδιαγραφές» αναφέρει τα κάτωθι «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται στην περίπτωση 1 του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α΄ παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. Τα χαρακτηριστικά αυτά μπορεί επίσης να αναφέρονται στη συγκεκριμένη διαδικασία ή μέθοδο παραγωγής ή παροχής των ζητούμενων έργων, αγαθών ή υπηρεσιών ή σε ειδική διαδικασία άλλου σταδίου του κύκλου ζωής τους, ακόμη και αν οι παράγοντες αυτοί δεν αποτελούν μέρος της υλικής τους υπόστασης, υπό την προϋπόθεση ότι συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης και είναι ανάλογα με την αξία και τους σκοπούς της. Οι τεχνικές προδιαγραφές μπορούν επίσης να καθορίζουν αν απαιτείται μεταβίβαση δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας. Για όλες τις συμβάσεις που προορίζονται για χρήση από φυσικά πρόσωπα είτε πρόκειται για το ευρύ κοινό είτε για το προσωπικό της αναθέτουσας αρχής, οι τεχνικές προδιαγραφές, καταρτίζονται με τρόπο ώστε να λαμβάνουν υπόψη κριτήρια προσβασιμότητας για άτομα με αναπηρίες ή το σχεδιασμό για όλους τους χρήστες. Αν έχουν υιοθετηθεί υποχρεωτικές απαιτήσεις προσβασιμότητας δυνάμει νομοθετικής πράξης της Ένωσης, οι τεχνικές προδιαγραφές, όσον αφορά τα κριτήρια προσβασιμότητας για άτομα με αναπηρίες ή τον σχεδιασμό για όλους τους χρήστες, καθορίζονται με παραπομπή στις εν λόγω απαιτήσεις.2. Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό.3. Οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται με έναν από τους κατωτέρω τρόπους: α) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, συμπεριλαμβανομένων των περιβαλλοντικών χαρακτηριστικών, υπό την

προϋπόθεση ότι οι παράμετροι είναι επαρκώς προσδιορισμένες ώστε να επιτρέπουν στους προσφέροντες να προσδιορίζουν το αντικείμενο της σύμβασης και στις αναθέτουσες αρχές να αναθέτουν τη σύμβαση, β) με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και, με σειρά προτεραιότητας, σε εθνικά πρότυπα που αποτελούν μεταφορά ευρωπαϊκών πρότυπων, σε ευρωπαϊκές τεχνικές εγκρίσεις, σε κοινές τεχνικές προδιαγραφές, σε διεθνή πρότυπα, σε άλλα τεχνικά συστήματα αναφοράς που έχουν θεσπιστεί από ευρωπαϊκούς οργανισμούς τυποποίησης ή -όταν αυτά δεν υπάρχουν- σε εθνικά πρότυπα, σε εθνικές τεχνικές εγκρίσεις ή σε εθνικές τεχνικές προδιαγραφές στον τομέα του σχεδιασμού, του υπολογισμού και της εκτέλεσης των έργων και της χρησιμοποίησης των αγαθών, κάθε παραπομπή συνοδεύεται από τον όρο ή «ισοδύναμο», γ) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις κατά τα οριζόμενα στην περίπτωση α', με παραπομπή, ως τεκμήριο συμβατότητας προς τις εν λόγω επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β', δ) με παραπομπή στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' για ορισμένα χαρακτηριστικά και με παραπομπή στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις που αναφέρονται στην περίπτωση α' για ορισμένα άλλα χαρακτηριστικά. 4. Οι τεχνικές προδιαγραφές, εκτός εάν δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, δεν περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που να χαρακτηρίζει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που παρέχονται από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα ούτε εμπορικού σήματος, διπλώματος ευρεσιτεχνίας, τύπων ή συγκεκριμένης καταγωγής ή παραγωγής που θα είχε ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή ορισμένα προϊόντα. Η εν λόγω μνεία επιτρέπεται, κατ' εξαίρεση, όταν δεν είναι δυνατόν να γίνει επαρκώς προσδιορισμένη και κατανοητή περιγραφή του αντικειμένου της σύμβασης κατ' εφαρμογή της παρ. 3. Η εν λόγω μνεία συνοδεύεται από τον όρο «ή ισοδύναμο». 5. Όταν η αναθέτουσα αρχή χρησιμοποιεί τη δυνατότητα παραπομπής στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' της παρ. 3, δεν απορρίπτει προσφορά με την αιτιολογία ότι τα προσφερόμενα έργα, αγαθά ή οι υπηρεσίες δεν πληρούν τις τεχνικές προδιαγραφές στις οποίες έχει παραπέμψει, εφόσον ο προσφέρων

αποδεικνύει στην προσφορά του, με κάθε ενδεδειγμένο μέσο, συμπεριλαμβανομένων των αποδεικτικών μέσων που αναφέρονται στο άρθρο 56, ότι οι λύσεις που προτείνει πληρούν κατά ισοδύναμο τρόπο τις απαιτήσεις που καθορίζονται από τις τεχνικές προδιαγραφές. 6. Όταν η αναθέτουσα αρχή χρησιμοποιεί τη δυνατότητα που αναφέρεται στην περίπτωση α' της παρ. 3 για τη διατύπωση των τεχνικών προδιαγραφών με αναφορά στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις, δεν απορρίπτει προσφορά έργων, αγαθών ή υπηρεσιών που πληρούν ένα εθνικό πρότυπο το οποίο αποτελεί μεταφορά ευρωπαϊκού προτύπου, μία ευρωπαϊκή τεχνική έγκριση, μία κοινή τεχνική προδιαγραφή, ένα διεθνές πρότυπο ή ένα τεχνικό πλαίσιο αναφοράς που έχει εκπονηθεί από έναν ευρωπαϊκό οργανισμό τυποποίησης, εφόσον οι εν λόγω προδιαγραφές καλύπτουν τις επιδόσεις ή τις λειτουργικές απαιτήσεις που ορίζει. Ο προσφέρων αποδεικνύει στην προσφορά του, με κάθε ενδεδειγμένο μέσο, συμπεριλαμβανομένων και εκείνων που αναφέρονται στο άρθρο 56, ότι το έργο, η αγαθό ή η υπηρεσία που πληροί το πρότυπο ανταποκρίνεται στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις τις οποίες έχει ορίσει η αναθέτουσα αρχή. 7. Οι τεχνικές προδιαγραφές καθορίζονται και εγκρίνονται πριν την έναρξη της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης κατά το άρθρο 61. [...]». Σύμφωνα με το άρθρο 75 παρ. 1 του Ν. 4412/16 «Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει ... τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης».

15. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 86 του ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι «1. Με την επιφύλαξη των εθνικών διατάξεων νόμου ή διοικητικών πράξεων σχετικά με την τιμή ορισμένων αγαθών ή την αμοιβή ορισμένων υπηρεσιών, οι αναθέτουσες αρχές βασίζουν την ανάθεση των δημόσιων συμβάσεων στην πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά. 2. Η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά κατά την κρίση της αναθέτουσας αρχής προσδιορίζεται βάσει της τιμής ή του κόστους, με χρήση προσέγγισης κόστους-αποτελεσματικότητας, όπως της κοστολόγησης του κύκλου ζωής, σύμφωνα με το άρθρο 87 και μπορεί να περιλαμβάνει τη

βέλτιστη σχέση ποιότητας - τιμής, η οποία εκτιμάται βάσει κριτηρίων, συμπεριλαμβανομένων, μεταξύ άλλων, ποιοτικών, περιβαλλοντικών ή/και κοινωνικών πτυχών που συνδέονται με το αντικείμενο της συγκεκριμένης δημόσιας σύμβασης. Στα κριτήρια αυτά μπορούν να περιλαμβάνονται, ιδίως:

α) η ποιότητα, περιλαμβανομένης της τεχνικής αξίας, τα αισθητικά και λειτουργικά χαρακτηριστικά, η προσβασιμότητα, ο σχεδιασμός για όλους τους χρήστες, τα κοινωνικά, περιβαλλοντικά και καινοτόμα χαρακτηριστικά και η εμπορία και οι σχετικοί όροι, β) η οργάνωση, τα προσόντα και η εμπειρία του προσωπικού στο οποίο ανατίθεται η εκτέλεση της σύμβασης, στην περίπτωση που η ποιότητα του διατεθέντος προσωπικού μπορεί να έχει σημαντική επίδραση στο επίπεδο εκτέλεσης της σύμβασης, γ) η εξυπηρέτηση μετά την πώληση και η τεχνική υποστήριξη, δ) οι όροι παράδοσης, όπως η ημερομηνία παράδοσης, η διαδικασία και η προθεσμία παράδοσης ή η προθεσμία ολοκλήρωσης ή περαίωσης, ε) η παροχή της εγγύησης της παραγράφου 2 του άρθρου 72, στ) η προσαύξηση του προβλεπόμενου στα έγγραφα της σύμβασης χρόνου εγγύησης, 3. Τα κοινωνικά χαρακτηριστικά, κατά την προηγούμενη παράγραφο, εξειδικεύονται ιδίως σε: α) απασχόληση εργαζομένων που ανήκουν σε ευπαθείς ομάδες του πληθυσμού κατά την έννοια της παρ. 4 του άρθρου 1 του ν. 4019/2011 (Α' 216), για χρονικό διάστημα τουλάχιστον δώδεκα (12) μηνών πριν τη συμμετοχή του οικονομικού φορέα σε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, β) διευκόλυνση της κοινωνικής ή/και εργασιακής ένταξης ατόμων που προέρχονται από ευπαθείς ομάδες του πληθυσμού, γ) καταπολέμηση των διακρίσεων ή/και δ) προαγωγή της ισότητας ανδρών και γυναικών. 4. Στα κριτήρια της παραγράφου 2 στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης εκπόνησης μελέτης μπορούν να περιλαμβάνονται επιπλέον και ιδίως: α) ο βαθμός κατανόησης του αντικειμένου και των στόχων της προς εκπόνηση μελέτης όπως προκύπτει από την τεχνική έκθεση της περίπτωσης α' της παραγράφου 2 του άρθρου 94, με εντοπισμό των θεμάτων στα οποία πρέπει να δοθεί ιδιαίτερη σημασία κατά την εκπόνηση της μελέτης, β) η πληρότητα και αξιοπιστία της μεθοδολογίας εκπόνησης της μελέτης, βάσει των στοιχείων των περιπτώσεων β' και γ' της παραγράφου 2 του άρθρου 94, δηλαδή συγκεκριμένα: ο βαθμός κάλυψης των απαιτήσεων της προς εκπόνηση

μελέτης από δραστηριότητες που παρουσιάζει ο οικονομικός φορέας, ο βαθμός επάρκειας των ενεργειών και διαδικασιών για την παραγωγή της μελέτης, περιλαμβανομένων και των ενεργειών του συντονιστή, καθώς και η τεκμηρίωση της δυνατότητας υλοποίησης και η αξιοπιστία του προτεινόμενου χρονοδιαγράμματος, σε συνδυασμό με τη στελέχωση της ομάδας μελέτης και τα παρεχόμενα στοιχεία από τα οποία διασφαλίζεται ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους πόρους, για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο ποιοτικό επίπεδο, γ) η οργάνωση του οικονομικού φορέα, βάσει των στοιχείων των περιπτώσεων δ' και ε' της παρ. 2 του άρθρου 94 και συγκεκριμένα: η σαφήνεια στον καθορισμό των καθηκόντων της ομάδας και η επάρκεια της προτεινόμενης ομάδας μελέτης σε σχέση με τη δομή του οργανογράμματος και ο βαθμός συνοχής της προτεινόμενης ομάδας μελέτης, δ) η ευκολία κατασκευής της τεχνικής λύσης και η εκτίμηση της δαπάνης του έργου, που περιλαμβάνει τη δαπάνη κατασκευής του έργου και την ετήσια δαπάνη λειτουργίας και συντήρησης κατά τη διάρκεια ζωής του έργου εφόσον στα έγγραφα της σύμβασης περιλαμβάνονται συγκεκριμένοι παράμετροι υπολογισμού της δαπάνης λειτουργίας και συντήρησης, όπως προκύπτουν από την τεχνική έκθεση της περίπτωσης α' της παρ. 2 του άρθρου 94. 5. Στα κριτήρια της παραγράφου 2 στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών, μπορούν να περιλαμβάνονται επιπλέον και ιδίως η ορθότητα αντίληψης από τον οικονομικό φορέα του αντικειμένου και των απαιτήσεων της σύμβασης, η επιτυχής επισήμανση προβλημάτων κατά την υλοποίηση και η διαμόρφωση κατάλληλων προτάσεων για την επίλυσή τους, η επαρκής ανάλυση - εξειδίκευση της καταλληλότητας και αποτελεσματικότητας της μεθοδολογίας υλοποίησης και των απαραίτητων εργαλείων υποστήριξης της εφαρμογής της, καθώς και η αποτελεσματική επικοινωνία του οικονομικού φορέα με την αναθέτουσα αρχή, κατά το στάδιο της εκτέλεσης της σύμβασης, ο αποτελεσματικός προσδιορισμός - τεκμηρίωση των κρίσιμων παραγόντων επιτυχίας και παρουσίαση εναλλακτικών τρόπων διασφάλισης τους, η ορθολογική ανάλυση του αντικειμένου της σύμβασης σε ενότητες εργασιών και σύνδεσή τους με τα ελάχιστα απαιτούμενα παραδοτέα και το χρονοδιάγραμμα που περιγράφονται στις τεχνικές προδιαγραφές αυτού, η πληρότητα - επάρκεια του καθορισμού των περιεχομένων των προσφερομένων

παραδοτέων και τεκμηρίωση της διασφάλισης εφαρμοσιμότητας των λύσεων που προτείνονται, η καταλληλότητα του μοντέλου οργάνωσης της παροχής των υπηρεσιών, η επάρκεια και σαφήνεια κατανομής αρμοδιοτήτων στα μέλη της Ομάδας Έργου, τα επίπεδα διοίκησης. 6. Στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης εκπόνησης μελετών (πλήρους μελέτης ή επιμέρους σταδίων αυτής), οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να χρησιμοποιούν την τιμή ή το κόστος ως μοναδικό κριτήριο ανάθεσης μόνο εφόσον συντρέχει μία από τις παρακάτω περιπτώσεις, και κατόπιν γνώμης του αρμόδιου τεχνικού συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής: α) όταν δεν απαιτούνται τεχνικά στοιχεία άλλα, πέραν των ήδη περιεχομένων στο Φάκελο Δημόσιας Σύμβασης, όπως κατά κύριο λόγο στις περιπτώσεις τοπογραφικών μελετών ή γεωτεχνικών ερευνών ή β) όταν περιέχονται στο Φάκελο Δημόσιας Σύμβασης επαρκή τεχνικά στοιχεία, ιδίως εγκεκριμένες μελέτες προηγούμενων σταδίων και είναι σε ισχύ εκδοθείσα Α.Ε.Π.Ο. ή γ) όταν πρόκειται για μελέτη μικρού ή απλού έργου ή έργου χωρίς αβεβαιότητες ως προς την τεχνική λύση ή δ) όταν πρόκειται περί μελετών που, κατά τις ισχύουσες προδιαγραφές, εκπονούνται σε ένα στάδιο και των οποίων η έγκριση δεν προϋποθέτει κανενός είδους αδειοδότηση ή θεσμοθετημένη διαδικασία δημόσιας διαβούλευσης, όπως ιδίως των τοπογραφικών, κυκλοφοριακών και οικονομικών. 7. Το στοιχείο του κόστους μπορεί επίσης να λαμβάνει τη μορφή σταθερής τιμής ή κόστους βάσει του οποίου οι οικονομικοί φορείς θα ανταγωνίζονται αποκλειστικά και μόνο βάσει ποιοτικών κριτηρίων. 8. Τα κριτήρια ανάθεσης θεωρούνται ότι συνδέονται με το αντικείμενο της δημόσιας σύμβασης, εφόσον συνδέονται με τα έργα, τα αγαθά ή τις υπηρεσίες που θα παρασχεθούν στο πλαίσιο της σύμβασης σε σχέση με οποιαδήποτε πτυχή της και σε οποιοδήποτε από τα στάδια του κύκλου ζωής της, περιλαμβανομένων και των παραγόντων που εμπλέκονται: α) στη συγκεκριμένη διαδικασία παραγωγής, διάθεσης ή εμπορίας των εν λόγω έργων, αγαθών ή υπηρεσιών ή β) στη συγκεκριμένη διαδικασία άλλου σταδίου του κύκλου ζωής της, έστω και αν οι εν λόγω παράγοντες δεν αποτελούν μέρος της υλικής υπόστασής της. 9. Τα κριτήρια ανάθεσης δεν έχουν ως αποτέλεσμα την παροχή απεριόριστης ελευθερίας επιλογής στην εν λόγω αναθέτουσα αρχή. Διασφαλίζουν τη δυνατότητα αποτελεσματικού ανταγωνισμού και συνοδεύονται από προδιαγραφές που

επιτρέπουν την αποτελεσματική επαλήθευση των πληροφοριών που παρέχονται από τους προσφέροντες, προκειμένου να αξιολογείται ο βαθμός συμμόρφωσης τους προς τα κριτήρια ανάθεσης. Εάν υπάρχουν αμφιβολίες, οι αναθέτουσες αρχές επαληθεύουν αποτελεσματικά την ακρίβεια των πληροφοριών και αποδείξεων, τις οποίες παρέχουν οι προσφέροντες. 10. Η αναθέτουσα αρχή διευκρινίζει στα έγγραφα της σύμβασης την σχετική στάθμιση που προσδίδει σε καθένα από τα κριτήρια που έχουν επιλεγεί για τον προσδιορισμό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, εκτός εάν αυτό καθορίζεται μόνο βάσει της τιμής. Η στάθμιση αυτή μπορεί να εκφράζεται με την πρόβλεψη περιθωρίου διακύμανσης με το κατάλληλο μέγιστο εύρος. Εάν δεν είναι δυνατή η στάθμιση για αντικειμενικούς λόγους, η αναθέτουσα αρχή επισημαίνει τα κριτήρια με φθίνουσα σειρά σπουδαιότητας».16. Επειδή, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (Ε.Α. ΣτΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕλΣυν 70/2006). Σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοσύνη πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή

της αναλογικότητας. Όπως, δε, παγίως γίνεται δεκτό, οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης στους δημόσιους διαγωνισμούς επιτάσσουν στις αναθέτουσες αρχές να διατυπώνουν τους όρους διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης στην προκήρυξη του διαγωνισμού με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία, κατά τρόπο ώστε αφενός να παρέχουν σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους τη δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των όρων αυτών και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο, αφετέρου, να καθιστούν δυνατό τον αποτελεσματικό έλεγχο του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα τιθέμενα κριτήρια (Ε.Σ Κλ.Ε 157/2017, Τμ. VI 2452/2012, 1643/2014, 6869/2015, 261/2017, βλ. και ΔΕΚ απόφαση της 18.10.2001, C-19/2000, SIAC Construcion Ltd, σκέψεις 41 έως 44, απόφαση της 29.4.2004, C-496/1999 Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, σκέψη 111, απόφαση της 10.5.2012, C-368/10, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών σκ. 109 επ.). Άλλωστε, όπως παγίως έχει κριθεί, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται στην οικεία προκήρυξη (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 28, και απόφαση Medipac—Καζαντζίδης, C-6/05, EU:C:2007:337, σκέψη 54). Υπό αυτό το πρίσμα συνάγεται ότι η αυστηρότητα της εφαρμογής της διακήρυξης προϋποθέτει την σαφήνεια των όρων αυτής καθώς η παραβίαση αμφίσημων όρων δεν οδηγεί αναγκαστικά στον αποκλεισμό διαγωνιζόμενου αν δεν ευθύνεται ο ίδιος για την παρερμηνεία των υποχρεώσεων του (Συμβάσεις Δημοσίων Έργων Χρ. Μηκίδης, 2009, σελ. 87 επ.). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζόμενου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ 1959/1970 Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987 ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. Θ΄, σελ. 776).

17. Επειδή, ο τρόπος συντάξεως των προσφορών στα πλαίσια των δημοσίων διαγωνισμών διέπεται από την αρχή της τυπικότητας, η οποία αποσκοπεί στην εξασφάλιση αφενός της τηρήσεως των αρχών του ανταγωνισμού, της διαφάνειας και του ίσου μέτρου κρίσεως αφετέρου της

ανάγκης ευχερούς συγκρίσεως των προσφορών μεταξύ τους καθώς και στην αποφυγή του κινδύνου αλλοιώσεως αυτών (ΣΤΕ127/2015, 1971/2013, 194/2011, 804/2010, 3084/2008, 1895/2007, 3769/2003, ΕΑ 860, 689/2011, 1008/2009, 817/2008). Επίσης, όπως προαναφέρθηκε, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Σύμφωνα με τα ανωτέρω, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνολολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000).

18. Επειδή, περαιτέρω, από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 18, 54 και 86 του ν. 4412/2016, συνάγεται ότι το σύστημα της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, η οποία προσδιορίζεται αποκλειστικά με βάση την τιμή, προϋποθέτει, λογικώς, προσφερόμενα είδη τα οποία είναι από άποψη τεχνικών χαρακτηριστικών, ιδιοτήτων και ποιότητας κατ' αρχήν ισοδύναμα και τα οποία, ως εκ τούτου, διαφοροποιούνται ουσιαστικά μόνο ως προς την προσφερόμενη τιμή. Στην περίπτωση αυτή, η χρησιμοποίηση από τη Διοίκηση ως κριτηρίου επιλογής μόνο της χαμηλότερης τιμής έχει την έννοια της επιλογής του φθηνότερου μεταξύ των προσφερομένων παρεμφερών προϊόντων, ευνοεί τον ανταγωνισμό, λόγω του ότι επιτρέπει τη συμμετοχή περισσότερων προμηθευτών, αποβαίνει δε επωφελής για τη Διοίκηση, αφού οδηγεί αναγκαίως στη συμπίεση των τιμών εκ μέρους των υποψήφιων προμηθευτών, αφού κριτήριο κατακύρωσης είναι η χαμηλότερη τιμή προσφοράς. Αντιθέτως, το σύστημα της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς που προσδιορίζεται με βάση τη βέλτιστη σχέση ποιότητας - τιμής προσιδιάζει σε διαγωνισμούς όπου

τα προσφερόμενα είδη διαφοροποιούνται κατά το μάλλον ή ήττον ουσιαστικά από άποψη ποιότητας και τιμής, για το λόγο δε αυτόν, προκειμένου να ευρεθεί η πλέον συμφέρουσα προσφορά, δικαιολογείται η στάθμιση κατά την αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών και ποιοτικών κριτηρίων, εφ' όσον αυτά συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης, δεν παρέχουν στην αναθέτουσα αρχή απεριόριστη ελευθερία επιλογής, μνημονεύονται ρητά στην συγγραφή υποχρεώσεων ή στην προκήρυξη του διαγωνισμού και τηρούν όλες τις θεμελιώδεις αρχές του κοινοτικού δικαίου, ιδίως :δε την απαγόρευση διακρίσεων (ΣΤΕ 2183/2004 7μ., ΕΑ 849/2004, ΕΑ 29/2005). Στην περίπτωση αυτή η Διοίκηση έχει ευρεία ευχέρεια να επιλέξει είτε προϊόν τεχνικώς αποδεκτό σε χαμηλή τιμή, είτε προϊόν τεχνικώς εξελιγμένο σε λογική τιμή, αφού ο προσφέρων το τελευταίο, για να έχει πιθανότητες να αναδειχθεί προμηθευτής, θα υποχρεωθεί να συμπίσει την τιμή της προσφοράς. Περαιτέρω, από το συνδυασμό των πιο πάνω διατάξεων που παρατίθενται στην 12η σκέψη και των διατάξεων της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ και της υπουργικής απόφασης με την οποία αυτή μεταφέρθηκε στην ελληνική έννομη τάξη, προκύπτει ότι οι τεχνικές προδιαγραφές των ιατροτεχνολογικών προϊόντων πρέπει να προσδιορίζουν με σαφήνεια το υπό προμήθεια προϊόν, με παραπομπή σε εκ των προτέρων αναγνωρισμένα ευρωπαϊκά, ελληνικά ή άλλα πρότυπα και προδιαγραφές, κατά τις ειδικότερες διακρίσεις των διατάξεων αυτών. Ειδικότερα, όταν ο διαγωνισμός προμήθειας ιατροτεχνολογικών προϊόντων του άρθρου 2.2 της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ διενεργείται κατά το σύστημα της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς με βάση την τιμή, η Διοίκηση δεν δύναται να αξιώνει για τα προς προμήθεια είδη, πλην της σήμανσης CE, μέσω της οποίας δηλώνεται ότι τα είδη αυτά ανταποκρίνονται στα εναρμονισμένα πρότυπα, την πλήρωση περαιτέρω προδιαγραφών. Και τούτο διότι η Οδηγία 93/42/ΕΟΚ έχει εκδοθεί βάσει του άρθρου 100Α της Συνθήκης ΕΚ (πρώην 95 ΕΚ) και, ως εκ τούτου, για την επίτευξη του στόχου της διασφάλισης της ελεύθερης κυκλοφορίας των ιατροτεχνολογικών προϊόντων, εμποδίζει τα κράτη μέλη να απαγορεύουν, περιορίζουν ή παρακωλύουν τη διάθεση στην αγορά ιατροτεχνολογικών προϊόντων, τα οποία πληρούν τις απαιτήσεις αυτής και φέρουν την σήμανση CE (βλ. ΣΤΕ 2183/04 7μ.). Από αυτά παρέπεται ότι, όταν η Διοίκηση, για την

εξυπηρέτηση συγκεκριμένης ανάγκης, επιθυμεί την προμήθεια ιατροτεχνολογικών προϊόντων που έχουν ιδιαίτερα τεχνικά χαρακτηριστικά και ιδιότητες εν σχέσει με τα συνήθως κυκλοφορούντο στην αγορά και εφοδιασμένα με τη σήμανση CE προϊόντα, οφείλει να προσφύγει στο σύστημα της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς με βάση τη βέλτιστη σχέση ποιότητας - τιμής. Άλλως, εάν δηλαδή για την προμήθεια των εν λόγω προϊόντων χρησιμοποιηθεί το σύστημα της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς αποκλειστικά με βάση την τιμή, αφενός μεν περιορίζεται ο ανταγωνισμός (αφού οι περισσότεροι υποψήφιοι θα τεθούν εκτός διαγωνισμού στο στάδιο του παραδεκτού των τεχνικών προσφορών), αφετέρου δε η Διοίκηση κινδυνεύει να προμηθευτεί το ίδιο προϊόν, σε ακριβότερη τιμή, παρά αν διενεργούσε διαγωνισμό με το σύστημα της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς με βάση τη βέλτιστη σχέση ποιότητας - τιμής, αφού ο μόνος ή οι ολίγοι εναπομείναντες προμηθευτές, λειτουργώντας υπό συνθήκες μονοπωλίου ή ολιγοπωλίου, θα δύνανται να διογκώσουν την τιμή των προσφερόμενων ειδών (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 730/2009, 113/2008).

19. Επειδή, όπως έχει γίνει δεκτό από τη νομολογία (ΣτΕ 3719/2011, 1105/2010, Ε.Α. ΣτΕ 676/2011, 77/2011, 1140/2010, 1025/2010, 1024/2010, 691/2009, 434/2008 κ. ά.), η αναθέτουσα αρχή είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακηρύξεως ως προς τα προς προμήθεια είδη, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη. Η δε θέσπιση, με τη διακήρυξη, των προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή 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 στο διαγωνισμό ή καθιστά ουσιαδώς δυσχερή τη συμμετοχή σε αυτόν των προμηθευτών, των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (ΣτΕ ΕΑ 124/2015, 9/2015, 354/2014). Πλην όμως, η παραπάνω ευχέρεια, όπως κάθε

μορφή διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας στο πλαίσιο της προσυμβατικής διαδικασίας, ελέγχεται δια προδικαστικής προσφυγής ως προς την τυχόν εκ μέρους της κακή χρήση αυτής ή υπέρβαση των άκρων ορίων τα οποία όσον αφορά τον καθορισμό όρων διακήρυξης τίθενται στο σημείο εκείνο, όπου δεν θίγεται αδικαιολόγητα η αρχή της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και πρωτίστως του αποτελεσματικού ανταγωνισμού (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 209/2017, 238/2017, 61/2018, 487/2018). Περαιτέρω, σημειώνεται ότι διακριτική ευχέρεια ή εξουσία υπάρχει, όταν οι κανόνες που καθορίζουν την αρμοδιότητα δεν προκαθορίζουν ακριβώς την ενέργεια του διοικητικού οργάνου αλλά του αφήνουν περιθώριο δράσης. Ειδικότερα, η αρμοδιότητα έχει χαρακτήρα διακριτικής ευχέρειας όταν, σύμφωνα με τις σχετικές διατάξεις, το σχετικό όργανο: α) μπορεί, αλλά δεν έχει υποχρέωση να εκδώσει τη διοικητική πράξη ή β) πρέπει να εκδώσει την πράξη, μπορεί όμως να καθορίζει κατά την κρίση του το χρονικό σημείο έκδοσής της ή γ) μπορεί να επιλέξει μεταξύ περισσότερων ρυθμίσεων τις οποίες επιτρέπει η εφαρμογή των διατάξεων αυτών (βλ. Επαμεινώνδα Π. Σπηλιωτόπουλο, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, τόμ. 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 15η έκδοση, αριθμ. 149, σελ. 139).

20. Επειδή, ο προσδιορισμός των ακραίων ορίων της διακριτικής ευχέρειας καθορίζεται: α) από το λογικό, κατά την κοινή πείρα και αντίληψη, περιεχόμενο της αόριστης αξιολογικής έννοιας σε συνδυασμό με την ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών της συγκεκριμένης περίπτωσης σε συνδυασμό προς τον επιδιωκόμενο από τον κανόνα αυτό σκοπό δημοσίου συμφέροντος, β) από την ισότητα κατά την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας, δηλαδή, την ίση κρίση ομοειδών νομικών και πραγματικών καταστάσεων, γ) από την αρχή της χρηστής διοίκησης και δ) από την αρχή της αναλογικότητας ή της αναλογίας, σύμφωνα με την οποία το επαχθές μέτρο που επιβάλλεται στον διοικούμενο με τη διοικητική πράξη πρέπει να είναι αναγκαίο, πρόσφορο και ανάλογο προς το εξυπηρετούμενο δημόσιο συμφέρον ή ιδιωτικό προστατευόμενο συμφέρον στο πλαίσιο του σκοπού που επιδιώκει ο νόμος (βλ. Ε. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμ. 2, 13η έκδ., 2010, ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, αριθμ. 514).

21. Επειδή, σε περίπτωση άσκησης προσφυγής κατά διακήρυξης, προκειμένου να θεμελιώσει έννομο συμφέρον ο προσφεύγων πρέπει να επικαλεστεί, με την προβολή ειδικού ισχυρισμού, τη βλάβη του, η οποία στην περίπτωση μη συμμετοχής του στο διαγωνισμό πρέπει να συνίσταται στον αποκλεισμό του από την διαγωνιστική διαδικασία (βλ. και ΣΤΕ 31/2019). Η, δε, επίκληση του αποκλεισμού του από την συμμετοχή στη διαγωνιστική διαδικασία προβάλλεται αορίστως, χωρίς επίκληση -πολλώ μάλλον απόδειξη- περαιτέρω στοιχείων, που καθιστούν αδύνατη τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό, γεγονός που θα συνιστούσε θεμελίωση του εννόμου συμφέροντός του για την άσκηση της κρινόμενης Προσφυγής επί τη βάση της ενδεχόμενης βλάβης των συμφερόντων του. Εξάλλου, έχει κριθεί ότι ο αόριστος ισχυρισμός περί παρεμπόδισης της συμμετοχής του και κατά τρόπο αόριστο, δεν καθιστά σαφές ότι ο συγκεκριμένος όρος της διακήρυξης απέκλεισε τη συμμετοχή του ενώ μπορούσε να μετάσχει αυτού υποβάλλοντας προσφορά με επιφύλαξη (βλ. ΔεφΑθ. Ν133/2018). Ειδικότερα, λόγοι προδικαστικής προσφυγής, με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό τη μορφή της αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, να προδιαγράψει αυτός, κατά τις επαγγελματικές του ανάγκες και δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (Ε.Α. ΣΤΕ 1025/2010, πρβλ. Ε.Α. ΣΤΕ 670/2009, 438/2008, 977/2006, ΑΕΠΠ 206/2017, 39/2018, 345/2018, 347/2018, 385/2018).

22. Επειδή, από την συνολική επισκόπηση του φακέλου ως προς τον πρώτο λόγο προσφυγής, σε συνέχεια των ανωτέρω ο εν θέματι λόγος είναι απορριπτέος ως αβάσιμος. Τούτο διότι η αναθέτουσα αρχή, δεν έκανε κακή χρήση των άκρων ορίων της διακριτικής της ευχέρειας δια της θέσπισης της παράγραφο 2.2.6 της διακήρυξης όπου αναφέρεται, «2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: α) να έχουν συνάψει και επιτυχώς ολοκληρώσει από το 2016 έως σήμερα τουλάχιστον μία σύμβαση προμήθειας αντίστοιχου ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού στον ιδιωτικό ή δημόσιο τομέα, ύψους τουλάχιστον στο 70% της εκτιμώμενης αξίας μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ

του κάθε είδους για το οποίο θα υποβάλλουν προσφορά», καθώς με αυτόν τον τρόπο κινήθηκε εντός των ορίων του κανονιστικού πλαισίου του άρθρου 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, θεσπίζοντας εύλογη, και πρόσφορη απαίτηση ως προς τα κατώτατα όρια της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των συμμετεχόντων. Ειδικότερα, όπως προκύπτει από την ανάγνωση της διακήρυξης, η αναθέτουσα αρχή ευλόγως έχει την διακριτική ευχέρεια να ζητά, δοθέντος και του ότι οι κανονιστικές ρυθμίσεις, όπως οι θεσπιζόμενοι με την διακήρυξη διαγωνισμού όροι, δεν χρήζουν, ως εκ της φύσεώς τους, αιτιολογίας (βλ. Επ. Αν. ΣΤΕ 918/2003, 876/2004), ανεξαρτήτως του αριθμού και της συνολικής αξίας των συμβάσεων που έχει συνάψει ένας οικονομικός φορέας εντός του επίμαχου χρονικού διαστήματος, έστω η μία συναφθείσα σύμβαση προμήθειας να είναι αξίας τουλάχιστον 180.645,16 € (=258.064,53 € X 70%). Συναφώς το άρθρο 75 παρ 4 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι «Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν. Μια αναθέτουσα αρχή μπορεί να θεωρεί ότι ένας οικονομικός φορέας δεν διαθέτει τις απαιτούμενες επαγγελματικές ικανότητες εάν διαπιστώσει ότι ο οικονομικός φορέας έχει συγκρουόμενα συμφέροντα που ενδέχεται να επηρεάσουν αρνητικά την εκτέλεση της σύμβασης. Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης σύμβασης προμηθειών για τις οποίες απαιτούνται εργασίες τοποθέτησης ή εγκατάστασης, παροχή υπηρεσιών ή εκτέλεση έργων, η επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων να παράσχουν αυτή την υπηρεσία ή να εκτελέσουν την εγκατάσταση ή τα έργα μπορεί να αξιολογείται βάσει της τεχνογνωσίας τους, της αποτελεσματικότητας, της εμπειρίας και της αξιοπιστίας τους. Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. Για το σκοπό αυτόν,

οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να έχουν έναν ορισμένο ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών, συμπεριλαμβανομένου ορισμένου ελάχιστου κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που καλύπτεται από τη σύμβαση. Επίσης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να παρέχουν πληροφορίες σχετικά με τους ετήσιους λογαριασμούς, παρουσιάζοντας την αναλογία, ιδίως, στοιχείων ενεργητικού και παθητικού. Μπορούν επίσης να απαιτούν κατάλληλο επίπεδο ασφαλιστικής κάλυψης έναντι επαγγελματικών κινδύνων. Ο ελάχιστος ετήσιος κύκλος εργασιών που απαιτείται να έχουν οι οικονομικοί φορείς δεν υπερβαίνει το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, εκτός από δεόντως αιτιολογημένες περιπτώσεις, όπως σχετικά με τους ειδικούς κινδύνους που αφορούν τη φύση των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. Η αναθέτουσα αρχή αναφέρει τους βασικούς λόγους για την απαίτηση αυτή στα έγγραφα της σύμβασης ή στη χωριστή έκθεση που προβλέπεται στο άρθρο 341» .Άρα και την ανάγνωση του εν λόγω άρθρου προκύπτει σαφώς ότι η αναθέτουσα αρχή ενήργησε νομίμως εντός των ορίων του κανονιστικού πλαισίου. Επειδή, ετέρωθεν και στην περίπτωση της προαναφερόμενης σκέψης, οι τεχνικές προδιαγραφές ελέγχονται από την άποψη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣΤΕ 189/2015, ΕΑ ΣΤΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.), σε κάθε δε περίπτωση θα πρέπει να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και να μην εισάγουν αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, υπό την έννοια ότι οφείλουν να αποφεύγουν διατάξεις που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, μέσω της ενσωμάτωσης σε αυτή χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου, ούτε να συνεπάγονται αδικαιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη του ανταγωνισμού (βλ. ΕΣ 2402/2010), γεγονός που κατ' αναλογίαν ισχύει και τις προϋποθέσεις τεχνικής ικανότητας. Συναφώς στην υπό εξέταση περίπτωση από την ανάγνωση του εν λόγω όρου προκύπτει ότι έχει τηρηθεί η αρχή της αναλογικότητας (βλ. ΣΤΕ 189/2015, ΕΑ ΣΤΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.), καθώς ο συγκεκριμένος όρος δεν

εισάγει αδικαιολόγητους φραγμούς στην ανάπτυξη του ελεύθερου ανταγωνισμού ή επιφυλάσσει άνιση μεταχείριση μεταξύ των συμμετεχόντων και δικαιολογείται σε επίπεδο σκοπιμότητας της αναθέτουσας αρχής, δεδομένου ότι στοχεύει στην διασφάλιση της ικανότητας του υποψηφίου να εκτελέσει την σύμβαση. Ωστόσο, με τις απόψεις της η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει, περαιτέρω, ότι ο εν θέματι σκοπός εξυπηρετείται και κατά τα προβαλλόμενα από την προσφεύγουσα, ήτοι με περισσότερες συμβάσεις συνολικού προϋπολογισμού ίσου με του προβλεπόμενου στον οικείο όρο, ενισχύοντας ταυτόχρονα τον διαμορφούμενο ανταγωνισμό. Επομένως, σε συνέχεια των ανωτέρω ο εν θέματι λόγος κρίνεται βάσιμος.

23. Επειδή, ως προς τον δεύτερο λόγο κρίνονται τα κάτωθι. Ως παγίως γίνεται δεκτό και ήδη προδιαλήφθηκε αναθέτουσα αρχή έχει την ευχέρεια να καθορίσει τις προϋποθέσεις συμμετοχής, σύμφωνα με το ενωσιακό και εθνικό δίκαιο, του διαγωνισμού με δύο βασικούς περιορισμούς: (α) να μην περιορίζεται ο ελεύθερος και ανόθευτος ανταγωνισμός και η ευρεία συμμετοχή σε διαγωνιστικές διαδικασίες μέσω της επιβολής προδιαγραφών που συρρικνώνουν την ελεύθερη αγορά και (β) να τίθενται κατά τέτοιο τρόπο στο κείμενο της διακήρυξης, ώστε να είναι αρκετά ακριβείς και να μην καταλείπεται οιαδήποτε αμφιβολία στους προσφέροντες ως προς την κατανόηση και τον προσδιορισμό του αντικειμένου και των απαιτήσεων της διακήρυξης. Επιπρόσθετα, κάθε αναθέτουσα αρχή στις περιπτώσεις αυτές πρέπει να λαμβάνει υπόψη το κριτήριο της αναλογικότητας υπό την έννοια ότι τυχόν περιοριστικά μέτρα που τίθενται με τους όρους της διακήρυξης μπορούν να θεωρηθούν ότι συμβιβάζονται με τον ενωσιακό δίκαιο μόνον εάν μπορεί να αποδειχθεί ότι: (α) έχουν οριστεί για την εξυπηρέτηση θεμιτού σκοπού δημόσιας τάξης που έχει τεθεί προς το γενικό συμφέρον, (β) εφαρμόζονται κατά τρόπο που δεν δημιουργεί διακρίσεις, (γ) είναι κατάλληλα για την επίτευξη αυτού του επιδιωκόμενου σκοπού και (δ) δεν είναι δεσμευτικά πέραν του βαθμού που είναι αναγκαίος για την επίτευξη του σκοπού (βλ. ΔΕΚ απόφαση της 3η Φεβρουαρίου 1993 Vereniging Veronica Omroep Organisatie κατά Commissariaat voor de Media, C-148/91, σκ. 9, Dieter Kraus κατά Land Baden-Württemberg, C-19/92, σκ. 32). Με άλλα λόγια η αναθέτουσα αρχή είναι εκείνη που καθορίζει το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής

και επαγγελματικής ικανότητας των υποψηφίων οικονομικών φορέων, το οποίο, όμως και πρέπει να συνδέεται και να τελεί σε αναλογία προς το αντικείμενο της σύμβασης και να δικαιολογείται από τη φύση και το σκοπό του συγκεκριμένου έργου, ήτοι δύναται η αναθέτουσα αρχή να ζητά ένα ή περισσότερα δικαιολογητικά ανάλογα με τις απαιτήσεις της κατά περίπτωση σύμβασης, τις δυνατότητες της συγκεκριμένης αγοράς στην οποία απευθύνεται και την ανάγκη εξασφάλισης συνθηκών πραγματικού ανταγωνισμού.

24. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω ο εν θέματι λόγος είναι απορριπτέος ως προβαλλόμενος άνευ εννόμου συμφέροντος. Τούτο διότι, δεν κατεδείχθη από την προσφεύγουσα πως η εν λόγω προσαλλόμενη προδιαγραφή αποκλείει η καθιστά ουσιωδώς δυσχερή - σε περίπτωση που προτίθεται να συμμετάσχει μετ επιφυλάξεως - την συμμετοχή της στην διαγωνιστική διαδικασία. Επιπλέον, η προσφεύγουσα εταιρεία δεν είχε προβεί σε καμία παρατήρηση για την εν λόγω προδιαγραφή κατά τη διάρκεια των δύο δημόσιων διαβουλεύσεων των τεχνικών προδιαγραφών. Ωσαύτως, βασίμως και σε κάθε περίπτωση εντός των ορίων της διακριτικής της ευχέρειας προβάλλεται από την αναθέτουσα αρχή ότι «ο σκανδαλισμός ροής και πίεσης, δεν είναι απαραίτητος» και τυχόν υιοθέτησή του μπορεί να οδηγήσει σε αποκλεισμό οικονομικών φορέων και περιορισμό του ανταγωνισμού. Εξάλλου, η προσφεύγουσα υποστηρίζοντας ότι «η εταιρία μας που προτίθεται να προσφέρει τον σύγχρονης τεχνολογίας αναπνευστήρατου ΟίκουΣουηδίας, ο οποίος διαθέτει σκανδαλισμό ροής και πίεσης σε μεγάλο εύρος, τίθεται σε δυσμενέστερη μοίρα έναντι άλλων συμμετεχόντων, που θα προσφέρουν -ή θα επιλέξουν σκοπίμως να προσφέρουν- τεχνολογικά υποδεέστερα μηχανήματα (ήτοι που διαθέτουν ένα μόνον τύπο σκανδαλισμού), με συνέπεια η προσφορά μας αδικαιολόγητα να μην δύναται να προμνηστευθεί και προκριθεί έναντι αυτών υπό συνθήκες αξιοκρατίας και ισότιμης μεταχείρισης», επιχειρεί απαραδέκτως να προδιαγράψει αυτός, κατά τις επαγγελματικές του ανάγκες και δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη, Συνεπώς ο δεύτερος λόγος απορρίπτεται ως απαράδεκτος προβαλλόμενος.

25. Επειδή, ως προς τον τρίτο λόγο προσφυγής κρίνονται *mutatis mutandis* όσα εκρίθησαν σχετικά με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής. Τούτο

διότι, πράγματι η ύπαρξη ελληνικού «μενού», είναι προαπαιτούμενο για τη νόμιμη κυκλοφορία και χρήση ενός ιατροτεχνολογικού προϊόντος στην εγχώρια αγορά, κατ' ευθεία εφαρμογή της υπ' αριθμ. ΔΥ8δ/Γ.Π.οικ.130648/2-10-2009 Κοινής Υπουργικής Απόφασης των Υπουργών Οικονομίας και Οικονομικών - Ανάπτυξης - Υγείας και Κοινωνικής Αλληλεγγύης «Περί Ιατροτεχνολογικών Προϊόντων», με την οποία ενσωματώθηκε στην Εθνική Νομοθεσία η Οδηγία 93/42/ΕΟΚ. (βλ. ιδίως άρθρο 4 παρ. 4 & Παράρτημα Ι σημείο 13 της εν λόγω Κ.Υ.Α). Από την συνολική επισκόπηση του φακέλου και την οικεία παραδοχή της αναθέτουσας αρχής προκύπτει ότι ως προς τις τεχνικές προδιαγραφές του είδους με α/α 2 του Τμήματος 1, δεν προστέθηκε στις προδιαγραφές το ελληνικό μενού αν και εκ του νόμου είναι προαπαιτούμενο. Πλην όμως, η προσφεύγουσα δεν κατέδειξε την βλάβη της από τον τιθέμενο όρο, διότι σύμφωνα με την πάγια προδιαληφθείσα νομολογία θα πρέπει να καθίσταται αδύνατη ή σε κάθε περίπτωση ουσιωδώς δυσχερής η συμμετοχή του διαγωνιζόμενου στην διαγωνιστική διαδικασία προκειμένου παραδεκτώς να προσβάλλεται ο συγκεκριμένος όρος. Επέκεινα, αλυσιτελώς επικαλείται η προσφεύγουσα ότι *«...με συνέπεια η εταιρία μας που προτίθεται να προσφέρει τον σύγχρονης τεχνολογίας αναπνευστήρατου Οίκου Σουηδίας για το εν λόγω είδος και που συμμορφώνεται πλήρως με την Κοινοτική και Εθνική Νομοθεσία «Περί ιατροτεχνολογικών προϊόντων» (διαθέτοντας προϊόν με ρυθμίσεις και μηνύματα στην ελληνική γλώσσα), να κινδυνεύει να τεθεί σε δυσμενέστερη μοίρα συγκρινόμενη η προσφορά της με ανταγωνιστών που τα προϊόντα τους, παρανόμως δεν διαθέτουν την εκ του νόμου επιβαλλόμενη απαίτηση»*, καθώς εξ' αυτού του επικαλούμενου από την ίδια γεγονότος, δεν υφίσταται ουδεμία βλάβη, αφού δεν παρεμποδίζεται να συμμετάσχει στην διαγωνιστική διαδικασία αλλά αντιθέτως αναφέρεται σε μελλοντικό γεγονός που αφορά την αξιολόγηση της προσφοράς της σε σχέση με ενδεχόμενες ανταγωνιστικές προσφορές. Συνεπώς ο τρίτος λόγος προσφυγής απορρίπτεται ως απαράδεκτος προβαλλόμενος.

26. Επειδή, λαμβάνοντας υπόψη ότι η ίδια η αναθέτουσα αρχή παραδέχτηκε συγκεκριμένες κανονιστικές ελλείψεις της Διακήρυξης επί των οποίων πρέπει να γίνουν διορθώσεις, δύναται οίκοθεν, για την προστασία του

Αριθμός απόφασης: 33 /2020

δημοσίου συμφέροντος και του αποτελεσματικού ανταγωνισμού να προβεί στις απαιτούμενες τροποποιήσεις της διακήρυξης (βλ. ΣΤΕ ΕΑ 86/2018 και ΑΕΠΠ 105/2018).

27. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή.

28. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέβαλε η προσφεύγουσα.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει το όρο 2.2.6. της διακήρυξης κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη στις 20 Δεκεμβρίου 2019 και εκδόθηκε στις 9 Ιανουαρίου 2020.

Η Πρόεδρος

Ευαγγελία Μιχολίτση

Η Γραμματέας

Φωτεινή Μαραντίδου