

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 3 Μαΐου 2019 με την εξής σύνθεση: Μαργαρίτα Κανάβα, Πρόεδρος, Ειρήνη Αψοκάρδου-Εισηγήτρια και Απόστολος Σιαπέρας Μέλη.

Για να εξετάσει την από 28-03-2019 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 388/28.03.2019 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....» (εφεξής «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στο ....., οδός ....., αρ. ...., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του Γενικού Νοσοκομείου Χανίων «Ο Άγιος Γεώργιος» (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί άλλως ματαιωθεί ο επίδικος διαγωνισμός που αφορά στη Διακήρυξη 12/2018 μετά την 6η τροποποίηση αυτής και η πράξη 6ης Τροποποίησης της αναθέτουσας αρχής με αριθμό 6344/18-3-2019, διότι σειρά από όρους της διακήρυξης αντιβαίνουν στον νόμο και σε γενικές αρχές του δικαίου.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ειρήνη Αψοκάρδου

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. 39/2017, ποσού 2.032,26 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 266735425959 0527 0054, την από 27-03-2019 πληρωμή στην ALPHA BANK και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»), το

## **Αριθμός απόφασης: 557/2019**

οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης, ήτοι συνολικά 406.451,66 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (αναλυτικά:225.806,50,00 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ του αρχικού προϋπολογισμού και του δικαιώματος προαίρεσεως 180.645,16 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, κατόπιν της 6<sup>ης</sup> Τροποποίησης).

2.Επειδή με την υπ' αριθμό 12/18 διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων με αντικείμενο «Προμήθεια, Εγκατάσταση, λειτουργία και συντήρηση ενός συστήματος τροφοδοσίας οξυγόνου με μονάδα παραγωγής οξυγόνου για ιατρική χρήση», με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, προϋπολογισμού 225.806,50,00€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

3.Επειδή η προκήρυξη της ως άνω σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 18-07-2018 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης (2018/S 139-318915) ενώ το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων με ΑΔΑΜ 18PROC003455521/2018-07-20, καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ 59032.

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 IV του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του Ν. 4412/2016.

5.Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί, κατ' αρχήν, εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 28-03-2019 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η 6<sup>η</sup> Τροποποίηση της Διακήρυξης κατά της οποίας στρέφεται αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 18.03.2019 (ΑΔΑΜ 19PROC004627219), β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα 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. α) του άρθρου 4 και την παρ. 2 του άρθ. 8 του Π.Δ. 39/2017.

## **Αριθμός απόφασης: 557/2019**

6.Επειδή στις 29-03-2019 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς όλους τους συμμετέχοντες, ήτοι σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, τόσο μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού όσο και με την ανάρτησή της στην αρχική σελίδα του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή με τις με αριθμό 471 και 583/2019 Πράξεις της Προέδρου του 6<sup>ου</sup> Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

8.Επειδή στις 8-04-2019 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε μέσω της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού τις απόψεις της στην ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις της περ. β της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, επί της υπό εξέταση προσφυγής.

9.Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6<sup>ου</sup> 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.

10. Επειδή με την υπ' αριθμό 12/2018 και με ΑΔΑ: 72Κ946907Τ-5ΡΘ Διακήρυξη του Γενικού Νοσοκομείου Χανίων «Ο Άγιος Γεώργιος», προκηρύχθηκε ηλεκτρονικά στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ λημόσιος ηλεκτρονικός ανοικτός άνω των ορίων (διεθνής) διαγωνισμός για την Προμήθεια και Εγκατάσταση ενός Συστήματος τροφοδοσίας οξυγόνου με μονάδα παραγωγής οξυγόνου για ιατρική χρήση για την κάλυψη των αναγκών του Γ.Ν Χανίων (CPV: 42511200-3 Μηχανές υγροποίησης αέρα ή άλλων αερίων) .

Κατά της ως άνω διακήρυξης και των όρων αυτής ασκήθηκαν: α) η από 7-8-2018 με ΓΑΚ 766/8-8-2018 προδικαστική προσφυγή της προσφεύγουσας β) η από 3-8-2018 με ΓΑΚ 754/6-8-2018 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας ..... και γ) η από 9-8-2018 με ΓΑΚ 868/30-8-2018 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας «.....», με αίτημα την ακύρωσή της. Ειδικότερα, η προδικαστική προσφυγή της προσφεύγουσας στρέφονταν κατά του όρου 1.3 και ορισμένων τεχνικών προδιαγραφών της εν θέματι διακήρυξης.

## Αριθμός απόφασης: 557/2019

Εν συνεχεία, με την υπ' αριθμ. 792,793,794/2018 απόφαση της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (6<sup>ο</sup> Κλιμάκιο) ακυρώθηκε ο 1.3 σχετικός όρος της ως άνω διακήρυξης και απορρίφθηκαν τόσο οι λοιποί λόγοι της προσφυγής της προσφεύγουσας όσο και οι προσφυγές των έτερων οικονομικών φορέων. Ειδικότερα, σε σχέση με την προδικαστική προσφυγή της προσφεύγουσας, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στις με αρ. 30-31 σκέψεις αυτής κρίθηκε ότι: «30. *Επειδή, όσον αφορά την εξεταζόμενη προσφυγή της εταιρίας «.....» διατυπώνονται τα ακόλουθα: Σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 6 του ν.4412/2016 ορίζεται ότι για τον υπολογισμό της αξίας μια δημόσιας σύμβασης συμπεριλαμβάνεται το τυχόν δικαίωμα προαίρεσης, όπως ορίζουν τα έγγραφα της σύμβασης. Το σύμφωνο προαίρεσης αποτελεί ιδιόμορφη, αυτοτελή και αυθυπόστατη προπαρασκευαστικής φύσης σύμβαση, με την οποία καθορίζεται το περιεχόμενο της κύριας μελλοντικής σύμβασης και ταυτόχρονα παρέχεται η εξουσία στον δικαιούχο να θέσει σε ενέργεια αυτή τη συμβατική σχέση με μόνη τη δήλωσή του, που αποτελεί άσκηση διαπλαστικού δικαιώματος. Το δικαίωμα προαίρεσης αποτελεί το από το σύμφωνο προαίρεσης διαζευκτικό δικαίωμα για σύσταση σύμβασης, το οποίο πρέπει να ασκηθεί εντός της προθεσμίας που τάχθηκε από τα μέρη (βλ. Α. Γεωργιάδη, Σύμφωνο προαιρέσεως και δικαίωμα προαιρέσεως, Αθήναι 1970, σελ. 105 επόμε., Γ. Μπαλή, Γενικά Αρχαία Αστικού Δικαίου, σελ. 167, ΕφΑθ 1223/2001 Αρμεν.2002, σελ. 389, Δ.Ράικο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2017, σελ. 344, Δ.Ράικο/Ε.Βλάχου/Ε.Σαββίδη Δημόσιες Συμβάσεις Ν.4412/2016 Ερμηνεία κατ' άρθρο, σελ. 71). Η έννοια του δικαιώματος προαίρεσης συνίσταται στο δικαίωμα του ενός των δύο συμβαλλομένων μερών να αγοράσει ή να πωλήσει περισσότερο από το συμφωνηθέν και στην υποχρέωση του άλλου μέρους να το αποδεχτεί. Στην εξεταζόμενη διακήρυξη και δη στο άρθρο 1.3. αυτής ορίζεται ότι : «Η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται: 1. ως προς την προμήθεια, εγκατάσταση και παραλαβή του συστήματος όπως αυτή προσδιορίζεται στο Παράρτημα των Τεχνικών Προδιαγραφών, 2. ως προς τη συντήρηση ο ανάδοχος δεσμεύεται για τη δεκαετή (από την ημερομηνία της οριστικής ποιοτικής και ποσοτικής παραλαβής του συστήματος) συντήρηση και υποστήριξη του Συστήματος, όπως αυτή προσδιορίζεται στο Παράρτημα των Τεχνικών Προδιαγραφών, με*

## Αριθμός απόφασης: 557/2019

την σημείωση ότι κάθε έτος το Νοσοκομείο (σε περίπτωση όπου η προσφερθείσα ετήσια τιμή συντήρησης κριθεί, σύμφωνα με τις οικονομικές συνθήκες οι οποίες θα επικρατούν μετά τη λήξη της εγγύησης καλής λειτουργίας ως υψηλή) δύναται να την διαπραγματεύεται.». Επίσης στο άρθρο 2 του Παραρτήματος Ι τής διακήρυξης προβλέπεται, μεταξύ άλλων, ότι «Ο Ανάδοχος στην προσφορά του θα προσφέρει και τίμημα για την σύμβαση λειτουργίας και συντήρησης (εργασία, ανταλλακτικά και αναλώσιμα) από την ημέρα παραλαβής της εγκατάστασης και για ΧΙΣ έτη (όπου ΧΙΣ: Χρόνος Ισχύος Σύμβασης - για τους υπολογισμούς ανάδειξης μειοδότη θα ληφθεί ίσον με 10). Η προσφορά της σύμβασης συντήρησης για τα ΧΙΣ έτη δεσμεύει υποχρεωτικά τον ανάδοχο να συνάψει σύμβαση συντήρησης. Το κόστος αυτό θα συνυπολογιστεί στην συνολική ανηγμένη τιμή. Το Νοσοκομείο θα αναθέσει μετά την εγκατάσταση του συστήματος στον Ανάδοχο την ευθύνη της λειτουργίας και συντήρησης της εγκατάστασης βάσει της προσφερόμενης σύμβασης. Ο ανάδοχος είναι υποχρεωμένος να αποδεχθεί την ανάθεση συντήρησης για τα 10 έτη. Η προσφερόμενη Σύμβαση Συντήρησης αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της συνολικής προσφοράς του υποψήφιου Αναδόχου, ο οποίος δε δικαιούται στην επόμενη δεκαετία να αρνηθεί την ανάληψή της. Σε περίπτωση που αρνηθεί σε οποιοδήποτε χρονικό διάστημα, και για οποιονδήποτε λόγο την ανάληψη της υποχρέωσης της Λειτουργίας και Συντήρησης τότε το Νοσοκομείο θα στραφεί εναντίον του Αναδόχου ζητώντας αποζημίωση για το σύνολο του Έργου (Προμήθεια εξοπλισμού και Συντήρηση). Για τη διασφάλιση της διαδικασίας, ο Υποψήφιος Ανάδοχος θα καταθέσει υπεύθυνη δήλωση που στην οποία θα δηλώνει ότι: «Αναλαμβάνω την υποχρέωση και την ευθύνη, σε κάθε περίπτωση, και υπό οποιεσδήποτε συνθήκες, να λειτουργώ και να συντηρώ την εγκατάσταση για 10 έτη, εφόσον το ζητήσει το Νοσοκομείο». Στο κόστος λειτουργίας & συντήρησης της μονάδας ανά έτος λειτουργίας θα συμπεριλαμβάνεται η πλήρης συντήρηση δηλαδή κάθε είδους: εργασία, οτιδήποτε αναλώσιμα υλικά και όλα τα ανταλλακτικά που απαιτούνται για την αδιάλειπτη και ασφαλή λειτουργία της εγκατάστασης για ΧΙΣ έτη. Περιλαμβάνονται κόστη αποκατάστασης έκτακτων βλαβών. Ο Ανάδοχος θα καταθέσει επί ποινή απόρριψης στην τεχνική προσφορά του τους απαιτούμενους ελέγχους και την αναλυτική προληπτική

## Αριθμός απόφασης: 557/2019

συντήρηση της εγκατάστασης, για όλο τον επιμέρους εξοπλισμό και τα εξαρτήματα της προσφερόμενης εγκατάστασης. Επίσης θα καταθέσει λίστα με τα ανταλλακτικά και αναλώσιμα υλικά που απαιτούνται για ΧΙΣ έτη. Στην συντήρηση πρέπει να φαίνεται αναλυτικά για κάθε εξάρτημα ή υλικό το ανταλλακτικό ο έλεγχος στον οποίο πρέπει να υπόκειται καθώς και ο χρόνος αντικατάστασής του. Στην προσφορά θα περιλαμβάνεται και η τεκμηρίωση της απαίτησης συντήρησης, βάσει των τεχνικών προδιαγραφών που προτείνονται από τους κατασκευαστές και την κείμενη νομοθεσία, .... Στην προσφορά της σύμβασης συντήρησης αυτή ο υποψήφιος Ανάδοχος θα εγγυάται την αδιάλειπτη παραγωγή της προσφερθείσας στον διαγωνισμό ποσότητας και ποιότητας οξυγόνου στο Νοσοκομείο. Στην σύμβαση συντήρησης θα είναι σαφείς όλοι οι όροι λειτουργίας της εγκατάστασης κατά την διάρκεια ισχύος της σύμβασης συντήρησης (Χρόνοι αποκατάστασης βλαβών, εγγυήσεις κλπ.) Ανωτέρα Βία δεν αποτελούν καταστάσεις παρατεταμένης κακοκαιρίας ή παρατεταμένων απεργιών..... Ο Ανάδοχος υποχρεούται να προβαίνει χωρίς καμία επιβάρυνση του Νοσοκομείου στην πλήρη συντήρηση (εργασία - ανταλλακτικά και αναλώσιμα) του εξοπλισμού που εγκατέστησε (προληπτική, επισκευαστική, βελτιωτική κλπ) σύμφωνα με τις οδηγίες των κατασκευαστών και την τρέχουσα νομοθεσία.». Επίσης, σύμφωνα με το παράρτημα II Τεχνικές Προδιαγραφές - Αξιολόγηση Οικονομικών Προσφορών 2 Κόστος Λειτουργίας και συντήρησης: «Ο Ανάδοχος στην προσφορά του θα προσφέρει και τίμημα για την σύμβαση λειτουργίας και συντήρησης (εργασία, ανταλλακτικά και αναλώσιμα) από την ημέρα παραλαβής . της εγκατάστασης και για ΧΙΣ έτη (όπου ΧΙΣ: Χρόνος Ισχύος Σύμβασης – για τους υπολογισμούς ανάδειξης μειοδότη θα ληφθεί ίσον με 10). Η προσφορά της σύμβασης συντήρησης για τα ΧΙΣ έτη δεσμεύει υποχρεωτικά τον ανάδοχο να συνάψει σύμβαση συντήρησης. Το κόστος αυτό θα συνυπολογιστεί στην συνολική ανηγμένη τιμή. Το Νοσοκομείο θα αναθέσει μετά την εγκατάσταση του συστήματος στον Ανάδοχο την ευθύνη της λειτουργίας και συντήρησης της εγκατάστασης βάσει της προσφερόμενης σύμβασης. Ο ανάδοχος είναι υποχρεωμένος να αποδεχθεί την ανάθεση συντήρησης για τα 10 έτη. Η προσφερόμενη Σύμβαση Συντήρησης αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της συνολικής προσφοράς του υποψήφιου Αναδόχου, ο οποίος δε δικαιούται στην επόμενη δεκαετία να

## Αριθμός απόφασης: 557/2019

αρνηθεί την ανάληψή της...ΥΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ ΣΥΝΟΛΙΚΟΥ ΚΟΣΤΟΥΣ Για την οικονομική αξιολόγηση της προσφοράς θα γίνει υπολογισμός της ανηγμένης τιμής της προσφοράς ως εξής: Στο Προσφερόμενο κόστος προμήθειας θα συμπεριλαμβάνεται όλος ο εξοπλισμός, η εγκατάσταση του και η θέση σε λειτουργία της έτσι ώστε να πληρούνται πλήρως οι απαιτήσεις των τεχνικών προδιαγραφών και το Νοσοκομείο να λειτουργεί αδιαλείπτως με οξυγόνο χωρίς κανένα απολύτως πρόβλημα ή εκκρεμότητα. Προσφερόμενη Ανηγμένη Τιμή = προσφερόμενο κόστος προμήθειας και εγκατάστασης + προσφερόμενο κόστος παραγωγής (ενέργειας + λειτουργίας & συντήρησης) για ΧΙΣ χρόνια. Για όλες τις τιμές, ΠΚΣ του έτους Υ, από 1 έως ΧΙΣ έτη, θα γίνει αναγωγή (αν) σε παρούσα αξία σύμφωνα με το δικαιοπρακτικό επιτόκιο αναγωγής της τράπεζας της Ελλάδας την ημέρα του.». Η με τον τρόπο αυτό περιγραφείσα στη διακήρυξη από την αναθέτουσα αρχή ανάληψη υποχρέωσης εκ μέρους του αναδόχου 10ετούς συντήρησης με συγκεκριμένους όρους και εντός συγκεκριμένου χρονικού πλαισίου, αρχής γενομένης από την ημερομηνία της οριστικής ποιοτικής και ποσοτικής παραλαβής του συστήματος, ως ορίζει το άρθρο 1.3 της διακήρυξης, με άσκηση μονομερούς δικαιώματος της αναθέτουσας αρχής συνιστά προαίρεση κατά τα ειδικώς αναφερόμενα ανωτέρω και ταυτόχρονα χρησιμοποιείται ως ένα από τα κριτήρια για τον υπολογισμό της οικονομικότερης προσφοράς. Ως προαίρεση η αξία της δεν έχει ληφθεί υπόψη από την αναθέτουσα αρχή για τον υπολογισμό της αξίας της σύμβασης, κατά παράβαση του άρθρου 6 παρ. 1 ν.4412/2016. Το γεγονός αυτό, που συνιστά παράβαση του άρθρου 6 παρ. 1 ν.4412/2016, στερεί από την προσφεύγουσα εταιρία «.....» τη δυνατότητα να συμμετάσχει στον εν λόγω διαγωνισμό με προσφερόμενο εξοπλισμό που, ενώ εκφεύγει του αρχικού προϋπολογισμού, αποτελεί εντέλει πλέον συμφέρουσα επιλογή από άποψη συντήρησης και κόστους λειτουργίας/ενεργειακής κατανάλωσης για τα 10 έτη. Έτσι συνεπεία της απουσίας προϋπολογισμού για τη συντήρηση των επομένων 10 ετών, δεν είναι δυνατόν να προσδιορισθεί το μικρότερο προσφερόμενο κόστος ανηγμένης τιμής, που αποτελεί κριτήριο ανάδειξης του μειοδότη, ως βάσιμα προβάλλει η εν λόγω προσφεύγουσα. Ο ειδικότερος δε ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι δεν είναι διασφαλισμένη η χρηματοδότηση της σύμβασης ως προς το σκέλος της συντήρησης αορίστως προβάλλεται,

αφού κανένα σχετικό στοιχείο δεν προσκομίζεται, σε κάθε δε περίπτωση είναι εφικτή με ανάληψη πολυετούς δέσμευσης. Κατά συνέπεια, ο σχετικός όρος 1.3. της διακήρυξης πρέπει να ακυρωθεί και να αναπεμφθεί η διακήρυξη στην αναθέτουσα αρχή έτσι ώστε ο προϋπολογισμός της αξίας της υπό ανάθεσης σύμβασης να περιλάβει προϋπολογισμό της αξίας της απαίτησης 10ετούς συντήρησης, που συνιστά δικαίωμα προαίρεσης, καθώς και για να ληφθεί υπόψη στο Παράρτημα Ι όρος 2, για τον υπολογισμό του κόστους λειτουργίας και συντήρησης.

31. Επειδή, όσον αφορά στους λοιπούς προσβαλλόμενους εκ μέρους της εταιρίας «.....» όρους των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης, αυτοί (προσβαλλόμενοι όροι τεχνικών προδιαγραφών) κρίνονται σύνομοι και τεθέντες επί τη βάσει όσων διελήφθησαν υπόψη στη σκέψη 26 της παρούσας. Ειδικότερα, σύμφωνα με το επικληθέν εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής υπ' αριθμ. πρωτ. 23151/7-3-2016 έγγραφο του ΕΟΦ, οι συμπυκνωτές οξυγόνου υπάγονται στα ιατροτεχνολογικά προϊόντα, κατά συνέπεια ορθώς ζητείται πιστοποίηση CE ιατροτεχνολογικού προϊόντος. Εφόσον λοιπόν το «Σύστημα τροφοδοσίας οξυγόνου κλπ» απαιτείται να έχει πιστοποίηση CE ιατροτεχνολογικού προϊόντος, νομίμως απαιτείται να έχουν την πιστοποίηση όλα τα μέρη που το απαρτίζουν, ομοίως δε και η απαίτηση ιατροτεχνολογικού CE για το Αυτόματο Κέντρο Προτεραιότητας Πηγών, το οποίο χρησιμεύει για την ιχνηλασιμότητα του οξυγόνου που είναι απαιτητή στα συστήματα ιατρικών αερίων. Το εύρος των θερμοκρασιών λειτουργίας που ζητά η προδιαγραφή της διακήρυξης (0 έως +45oC) δικαιολογείται βάσιμα από την αναθέτουσα αρχή εκ του γεγονότος ότι υπάρχει αυξημένη πιθανότητα το σύστημα να αντιμετωπίσει τις ακραίες θερμοκρασίες του ορίου (καύσωνες κλπ) και ο συμπιεστής (καθώς και τα άλλα ενεργά μέρη του συστήματος) να χρειαστεί να αναρροφήσει αέρα που θα προσεγγίζει τους 45oC. Για τον λόγο αυτό τέθηκαν τα εν λόγω όρια. Το θερμοκρασιακό όριο που θέτει το ISO10083/2006 αναφέρεται στην θερμοκρασία αέρα του χώρου εγκατάστασης του συμπυκνωτή (oxygen concentrator), η οποία προφανώς απαιτείται να ελεγχθεί με σύστημα κλιματισμού. Είναι διαφορετική η απαίτηση ελέγχου της θερμοκρασίας του χώρου του συμπυκνωτή από τη δυνατότητα λειτουργίας των επιμέρους ενεργών στοιχείων (συμπιεστής, ξηραντήριο κλπ) σε



## Αριθμός απόφασης: 557/2019

θερμοκρασιακό όρια που θέτει η προδιαγραφή για λόγους ασφαλείας για να καλύψει ακόμα και την περίπτωση αστοχίας του κλιματισμού. Εξάλλου ο εξοπλισμός που προδιαγράφηκε είναι ευρέως διαθέσιμος στην αγορά. Επίσης η μέτρηση της πίεσης και στάθμης της δεξαμενής υγρού οξυγόνου είναι κρίσιμη παράμετρος για την ασφάλεια του συστήματος, δεδομένου ότι το υγρό οξυγόνο είναι η δευτερεύουσα πηγή. Το Αυτόματο Σύστημα Ελέγχου είναι απαιτητό να διαθέτει αυτή τη δυνατότητα. Δεδομένου δε ότι η προμήθεια της δεξαμενής υγρού είναι αντικείμενο άλλου Διαγωνισμού, όπως προβάλλει η αναθέτουσα αρχή, θα ζητηθεί από τις προδιαγραφές του άλλου διαγωνισμού να υπάρχει συμβατότητα με το σύστημα παραγωγής οξυγόνου σε όλα τα σημεία (άρα και στην επιτήρηση πίεσης-στάθμης). Η αναθέτουσα αρχή διαβεβαιώνει με τις κατατεθείσες απόψεις της ότι αν απαιτηθούν αδειοδοτήσεις, ο χρόνος έκδοσης των οποίων δεν εξαρτάται από τον Ανάδοχο, η προθεσμία παραλαβής ρυθμίζεται ανάλογα. Επιπρόσθετα όσον αφορά στο κόστος συντήρησης, αυτό μπορεί ελεύθερα να εκτιμηθεί από τους οικονομικούς φορείς και να συμπεριληφθεί στην υποβληθείσα προσφορά. Επίσης η Μέση Ετήσια Ενεργειακή Κατανάλωση που οφείλει να εγγυηθεί ο οικονομικός φορέας, διαμορφώνεται ελεύθερα και πρέπει να περιληφθεί στην οικονομική προσφορά, αποτελεί δε οικονομικό, αλλά και ποιοτικό στοιχείο για την επιλογή του αναδόχου. Επιπλέον η απαίτηση που θέτει η αναθέτουσα αρχή με τη διακήρυξη περί αδιάλειπτης τροφοδοσίας με οξυγόνο, ώστε να διασφαλίζεται η παραγωγή της κύριας γραμμής είναι αναγκαία για τη λειτουργία και την ασφάλεια του νοσοκομείου. Άλλωστε η αναθέτουσα υποστηρίζει ότι τυχόν ανεπάρκεια οξυγόνου στη δευτερεύουσα ή την εφεδρική πηγή είναι προφανώς ευθύνη της, ενώ ευθύνη του αναδόχου είναι η επιτήρηση και η ενημέρωση του νοσοκομείου. Στον ανάδοχο χρεώνεται η ποσότητα οξυγόνου 99,5% από τη δευτερεύουσα και εφεδρική πηγή αφαιρουμένης της ποσότητας που καταναλώθηκε από αυξημένη ζήτηση του νοσοκομείου, η οποία δεν αποτελεί ευθύνη του αναδόχου. Επιπρόσθετα, αφαιρείται μία ποσότητα οριζόμενη ως απώλειες φυσικής εξαέρωσης (Α.Φ.Ε.). Οι απώλειες αυτές δεν είναι δυνατό να προσδιοριστούν απόλυτα. Ως εκ τούτου ο οικονομικός φορέας μπορεί να κάνει ελεύθερα τις εκτιμήσεις του, για να τις συμπεριλάβει στο κόστος συντήρησης και λειτουργίας για το οποίο δεν

## Αριθμός απόφασης: 557/2019

υπάρχει περιορισμός. Ο ανάδοχος είναι υπεύθυνος για την επιτήρηση του συστήματος. Ως εκ τούτου τυχόν αδικαιολόγητη απώλεια οξυγόνου από δευτερεύουσα ή εφεδρική πηγή θα εντοπίζεται από τον ανάδοχο, χωρίς προφανώς να αποτελεί δική του υπαιτιότητα. Ο μοναδικός λόγος υπέρβασης των ορίων καθαρότητας του παραγόμενου οξυγόνου που είναι  $93\pm 3\%$ , είναι η ενεργοποίηση της δευτερεύουσας ή της εφεδρικής πηγής. Αυτό μπορεί να συμβεί είτε στην περίπτωση απαίτησης μεγαλύτερης παροχής (το οποίο δεν αποτελεί ευθύνη του αναδόχου), είτε δυσλειτουργίας του συστήματος (η οποία αποτελεί ευθύνη του αναδόχου). Σε κάθε περίπτωση είναι απαιτητό να εντοπίζεται το κάθε ενδεχόμενο (monitoring) προκειμένου να διασφαλίζεται η ομαλή λειτουργία του συστήματος. Κατά συνέπεια η προσφυγή της εταιρίας «.....» κατά το μέρος με το οποίο πλήττονται οι προαναφερθείσες τεχνικές προδιαγραφές του Παραρτήματος II κρίνονται απορριπτέοι ως αβάσιμοι και αναπόδεικτοι».

Στη συνέχεια, στις 10-10-2018 ασκήθηκε κατά της ως άνω απόφασης της ΑΕΠΠ αίτηση αναστολής ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Χανίων από έτερο οικονομικό φορέα και με την υπ' αριθμ. 51/2018 απόφασή του, απορρίφθηκε η ως άνω αίτηση αναστολής.

Δέον όπως επισημανθεί ότι, παράλληλα, η αναθέτουσα αρχή προέβη σε τέσσερις διαδοχικές τροποποιήσεις της επίμαχης Διακήρυξης ως προς την ημερομηνία υποβολής προσφορών και διενέργειας του διαγωνισμού, ενώ μέχρι και σήμερα, δεν έχει υποβληθεί προσφορά.

Κατόπιν την ανωτέρω απόφασης της ΑΕΠΠ αλλά και της απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Χανίων, την 1-3-2019, η Αναθέτουσα Αρχή προχώρησε στην 5<sup>η</sup> Τροποποίηση προς συμμόρφωση με την απόφαση ΑΕΠΠ και καθορισμό νέας καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών και διενέργειας του διαγωνισμού. Ειδικότερα, με την 5η Τροποποίηση της διακήρυξης, η Αναθέτουσα Αρχή αποφάσισε:

«1α: Τροποποίηση του όρου 1.3 περί Προϋπολογισμού της υπό ανάθεσης σύμβασης με την τροποποίηση του συνολικού προϋπολογισμού του Διαγωνισμού με τη συμπερίληψη του κόστους λειτουργίας και συντήρησης του εργοστασίου οξυγόνου το οποίο ανέρχεται στο 10% της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης της Διακήρυξης 12/2018 (ΕΣΗΔΗΣ 59032) άρα

## **Αριθμός απόφασης: 557/2019**

28.000,00 ευρώ ανά έτος αρχόμενης μετά το πέρας της 3ετούς εγγύησης καλής λειτουργίας του Συστήματος Τροφοδοσίας Οξυγόνου με Μονάδα Παραγωγής Οξυγόνου για Ιατρική Χρήση. Στο ποσοστό 10% συμπεριλαμβάνεται η απώλεια λόγω εξαέρωσης του Υγρού Οξυγόνου.

1β: Συμπερίληψη του ΚΑΕ 0879 του δικαιώματος προαίρεσης ποσού 196.000,00 ευρώ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ στη συνολική προϋπολογισθείσα δαπάνη της Διακήρυξης 12/2018 (ΕΣΗΔΗΣ 59032) με την έγκριση Ανάληψης Πολυετούς Δέσμευσης από τον προϋπολογισμό του Γενικού Νοσοκομείου Χανίων.

1γ: παράταση καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών, υπολογίζοντας 35 ημέρες από την ανάρτηση των ως άνω τροποποιήσεων στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του Διαγωνισμού, ώστε οι οικονομικοί φορείς να λάβουν πλήρη γνώση αυτών και συγκεκριμένα:

ΗΜΕΡΟΜΗΝΙΕΣ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών: 05-04-2019 ημέρα Παρασκευή και ώρα 15.00. Ηλεκτρονική αποσφράγιση των προσφορών: 12-04-2019 ημέρα Παρασκευή και ώρα 10.00 π.μ.».

Έτσι, με την 5η Τροποποίηση η αναθέτουσα αρχή όρισε την αξία του ανωτέρω δικαιώματος προαίρεσης, ήτοι το κόστος λειτουργίας και συντήρησης του εργοστασίου οξυγόνου, στο 10% της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης της Διακήρυξης 12/2018 (280.000 ευρώ) άρα 28.000,00 ευρώ ανά έτος «αρχόμενης μετά το πέρας της 3ετούς εγγύησης καλής λειτουργίας του Συστήματος Τροφοδοσίας Οξυγόνου με Μονάδα Παραγωγής Οξυγόνου για Ιατρική Χρήση».

Στο ποσοστό 10% συμπεριλαμβάνεται η απώλεια λόγω εξαέρωσης του Υγρού Οξυγόνου. Λόγω της εσφαλμένης θεώρησης ότι η ως άνω εγγύηση καλής λειτουργίας είναι 3ετής, το κόστος συντήρησης υπολογίστηκε από την αναθέτουσα αρχή αρχικά στο ποσό των 196.000 ευρώ (28.000 ευρώ X 7 έτη).

Τέλος, δεδομένου ότι η 5η Τροποποίηση αναφέρεται εκ παραδρομής σε 3ετή εγγύηση καλής λειτουργίας, αντί 2ετούς εγγύησης όπως προβλέπεται στην Διακήρυξη 12/2018, στις 18-03-2019, η αναθέτουσα αρχή προχώρησε εκ νέου σε 6η Τροποποίηση της επίμαχης διακήρυξης 12/2012, η οποία είχε ως εξής:

## Αριθμός απόφασης: 557/2019

«1α: Τροποποίηση του όρου 1.3 περί Προϋπολογισμού της υπό ανάθεσης σύμβασης με την τροποποίηση του συνολικού προϋπολογισμού του Διαγωνισμού με τη συμπερίληψη του κόστους λειτουργίας και συντήρησης του εργοστασίου οξυγόνου το οποίο ανέρχεται στο 10% της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης της Διακήρυξης 12/2018 (ΕΣΗΔΗΣ 59032) άρα 28.000,00 ευρώ ανά έτος αρχόμενης μετά το πέρας της 2ετούς εγγύησης καλής λειτουργίας του Συστήματος Τροφοδοσίας Οξυγόνου με Μονάδα Παραγωγής Οξυγόνου για Ιατρική Χρήση.

Στο ποσοστό 10% συμπεριλαμβάνεται η απώλεια λόγω εξαέρωσης του Υγρού Οξυγόνου.

1β: Συμπερίληψη του ΚΑΕ 0879 του δικαιώματος προαίρεσης ποσού 224.000,00 ευρώ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ στη συνολική προϋπολογισθείσα δαπάνη της Διακήρυξης 12/2018 (ΕΣΗΔΗΣ 59032) με την έγκριση Ανάληψης Πολυετούς Δέσμευσης από τον προϋπολογισμό του Γενικού Νοσοκομείου Χανίων.

1γ: παράταση καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών, υπολογίζοντας 35 ημέρες από την ανάρτηση των ως άνω τροποποιήσεων στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του Διαγωνισμού, ώστε οι οικονομικοί φορείς να λάβουν πλήρη γνώση αυτών και συγκεκριμένα:

**ΗΜΕΡΟΜΗΝΙΕΣ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ** Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών: 30-04-2019 ημέρα Τρίτη και ώρα 15.00. Ηλεκτρονική αποσφράγιση των προσφορών: 07-05-2019 ημέρα Τρίτη και ώρα 10.00 π.μ.».

Συνεπώς, με την 6η και προσβαλλόμενη με την υπό εξέταση προσφυγή Τροποποίηση, το κόστος λειτουργίας και συντήρησης υπολογίστηκε σε 28.000 ευρώ κατ' έτος για 8 έτη (μετά τη λήξη της 2ετούς εγγύησης καλής λειτουργίας και έως τη λήξη της 10ετούς συνολικούς συμβατικής περιόδου σύμφωνα με τα οριζόμενα στη διακήρυξη), ήτοι συνολικά προστέθηκε στην αρχική προϋπολογισθείσα αξία της επίμαχης σύμβασης που απορρέει από το διαγωνισμό 12/2018 ποσό 224.000 ευρώ (28.000 ευρώ X 8 έτη).

11.Επειδή η προσφεύγουσα με την υπό κρίση προσφυγή της αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης ισχυριζόμενη αυτολεξεί τα κάτωθι: «[.....]

## Αριθμός απόφασης: 557/2019

1. Αυθαίρετος και μη νόμιμος ο υπολογισμός του κόστους συντήρησης και λειτουργίας στο 10% του προϋπολογισμού της σύμβασης

Κατά το αρ. 6 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 «Ο υπολογισμός της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης βασίζεται στο συνολικό πληρωτέο ποσό, χωρίς ΦΠΑ, όπως εκτιμάται από την αναθέτουσα αρχή, συμπεριλαμβανομένου κάθε τυχόν δικαιώματος προαίρεσης ή τυχόν παρατάσεων της σύμβασης, όπως ορίζουν ρητά τα έγγραφα της σύμβασης...» Επίσης κατά το άρθρο 53 παρ. 1 και παρ. 2 εδαφ. ε του Ν. 4412/2016 «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης, ... περιέχουν ιδίως: ακριβή περιγραφή του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης. Επίσης οποιαδήποτε δικαιώματα προαίρεσης για συμπληρωματικές ή νέες συμβάσεις και, εφόσον είναι γνωστό, το προσωρινό χρονοδιάγραμμα για την άσκηση των δικαιωμάτων αυτών, καθώς και τον αριθμό των παρατάσεων για την άσκησή τους,...»

Με την προσβαλλόμενη πράξη (6η Τροποποίηση της Διακήρυξης) ορίζεται ότι «1α: Τροποποίηση του όρου 1.3 περί Προϋπολογισμού της υπό ανάθεση σύμβασης με την τροποποίηση του συνολικού προϋπολογισμού του Διαγωνισμού με τη συμπερίληψη του κόστους λειτουργίας και συντήρησης του εργοστασίου οξυγόνου το οποίο ανέρχεται στο 10% της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης της Διακήρυξης 12/2018 (ΕΣΗΔΗΣ 59032) άρα 28.000,00 ευρώ ανά έτος αρχόμενης μετά το πέρας της 2ετούς εγγύησης καλής λειτουργίας του Συστήματος Τροφοδοσίας Οξυγόνου με Μονάδα Παραγωγής Οξυγόνου για Ιατρική Χρήση.

Στο ποσοστό 10% συμπεριλαμβάνεται η απώλεια λόγω εξαέρωσης του Υγρού Οξυγόνου.

1β: Συμπερίληψη του ΚΑΕ 0879 του δικαιώματος προαίρεσης ποσού 224.000,00 ευρώ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ στη συνολική προϋπολογισθείσα δαπάνη της Διακήρυξης 12/2018 (ΕΣΗΔΗΣ 59032) με την έγκριση Ανάληψης Πολυετούς Δέσμευσης από τον προϋπολογισμό του Γενικού Νοσοκομείου Χανίων.

1γ: παράταση καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών, υπολογίζοντας 35 ημέρες από την ανάρτηση των ως άνω τροποποιήσεων

στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του Διαγωνισμού, ώστε οι οικονομικοί φορείς να λάβουν πλήρη γνώση αυτών και συγκεκριμένα» [...].

Σύμφωνα με το παράρτημα II Τεχνικές Προδιαγραφές-Αξιολόγηση Οικονομικών Προσφορών 2 Κόστος Λειτουργίας και συντήρησης (σελ. 51 επομ. διακήρυξης): «Ο Ανάδοχος στην προσφορά του θα προσφέρει και τίμημα για την σύμβαση λειτουργίας και συντήρησης (εργασία, ανταλλακτικά και αναλώσιμα) από την ημέρα παραλαβής της εγκατάστασης και για ΧΙΣ έτη (όπου ΧΙΣ: Χρόνος Ισχύος Σύμβασης – για τους υπολογισμούς ανάδειξης μειοδότη θα ληφθεί ίσον με 10). Η προσφορά της σύμβασης συντήρησης για τα ΧΙΣ έτη δεσμεύει υποχρεωτικά τον ανάδοχο να συνάψει σύμβαση συντήρησης. Το κόστος αυτό θα συνυπολογιστεί στην συνολική ανηγμένη τιμή. Το Νοσοκομείο θα αναθέσει μετά την εγκατάσταση του συστήματος στον Ανάδοχο την ευθύνη της λειτουργίας και συντήρησης της βάσει της προσφερόμενης σύμβασης. Ο ανάδοχος είναι υποχρεωμένος να αποδεχθεί την ανάθεση συντήρησης για τα 10 έτη. Η προσφερόμενη Σύμβαση Συντήρησης αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της συνολικής προσφοράς του υποψήφιου Αναδόχου, ο οποίος δε δικαιούται στην επόμενη δεκαετία να αρνηθεί την ανάληψή της. ...

#### ΥΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ ΣΥΝΟΛΙΚΟΥ ΚΟΣΤΟΥΣ

Για την οικονομική αξιολόγηση της προσφοράς θα γίνει υπολογισμός της ανηγμένης τιμής της προσφοράς ως εξής: Στο Προσφερόμενο κόστος προμήθειας θα συμπεριλαμβάνεται όλος ο εξοπλισμός, η εγκατάσταση του και η θέση σε λειτουργία της έτσι ώστε να πληρούνται πλήρως οι απαιτήσεις των τεχνικών προδιαγραφών και το Νοσοκομείο να λειτουργεί αδιαλείπτως με οξυγόνο χωρίς κανένα απολύτως πρόβλημα ή εκκρεμότητα.

Προσφερόμενη Ανηγμένη Τιμή = προσφερόμενο κόστος προμήθειας και εγκατάστασης +προσφερόμενο κόστος παραγωγής (ενέργειας + λειτουργίας & συντήρησης) για ΧΙΣ χρόνια.

Για όλες τις τιμές, ΠΚΣ του έτους Υ, από 1 έως ΧΙΣ έτη, θα γίνει αναγωγή (αν) σε παρούσα αξία σύμφωνα με το δικαιοπρακτικό επιτόκιο αναγωγής της τράπεζας της Ελλάδας την ημέρα του»

Η παροχή υπηρεσιών συντήρησης δεκαετούς διάρκειας συνιστά δικαίωμα προαίρεσης και ταυτόχρονα χρησιμοποιείται ως ένα από τα κριτήρια

## Αριθμός απόφασης: 557/2019

για τον υπολογισμό της οικονομικότερης προσφοράς. Τούτο δέχτηκε και η απόφαση 792-793-794/2018 της ΑΕΠΠ οδηγώντας στην τροποποίηση της διακήρυξης. Το δικαίωμα προαίρεσης που επιφυλάσσει η αναθέτουσα αρχή για τη δέσμευση του αντισυμβαλλομένου τους να συναινέσει σε παροχή ομοειδών υπηρεσιών, ασκούμενο μονομερώς με δήλωσή τους, πρέπει να προσδιορίζεται ποιοτικά και ποσοτικά στην οικεία διακήρυξη και να περιέχεται στη δημοσιευόμενη περίληψή της.

Η αναθέτουσα αρχή στην προσπάθειά της να συμμορφωθεί, ως όφειλε, στην απόφαση της ΑΕΠΠ όρισε ότι το δικαίωμα προαίρεσης για την παροχή από τον οικονομικό φορέα υπηρεσιών συντήρησης της λειτουργίας του συμβατικού εξοπλισμού κοστολογείται στο 10% της συμβατικής αξίας κατ' έτος = 28.000 ευρώ ανά έτος. Ο υπολογισμός όμως του ετήσιου κόστους συντήρησης του εξοπλισμού ως 10% επί της συνολικής προϋπολογισθείσης δαπάνης είναι εντελώς αυθαίρετος και δεν στηρίζεται σε καμία διάταξη νόμου, στοιχείο από την πρακτική της σχετικής αγοράς ή και από κάποιο τεχνικό και επιστημονικό δεδομένο. Επιπλέον, δεν τεκμηριώνεται το προϋπολογιζόμενο κόστος από κάποια αντίστοιχη αξιόπιστη έρευνα αγοράς.

Αντίθετα, πρόκειται για μια εντελώς ασαφή κοστολόγηση για υπηρεσίες συντήρησης του οικείου εξοπλισμού.

Έτσι, παρότι θεωρητικώς η 6η Τροποποίηση της Διακήρυξης, προσδιορίζει την εκτιμώμενη αξία των υπηρεσιών που αντιστοιχούν στη συντήρηση μετά την παράδοση του εξοπλισμού, στην πραγματικότητα δεν λύνει το προϋπάρχον πρόβλημα της ασάφειας που καθιστά αδύνατο για τον οικονομικό φορέα να συντάξει την προσφορά του. Πιο συγκεκριμένα, εφόσον αυτή η κοστολόγηση του 10% δεν προκύπτει από καμία εμπορική συνήθεια ή πρακτική της αγοράς που να είναι γνωστή στις επιχειρήσεις, η Αναθέτουσα Αρχή όφειλε να εξηγήσει από πού προκύπτει αυτός ο υπολογισμός, ώστε οι οικονομικοί φορείς να δύνανται να εκτιμήσουν σωστά τις προσφορές τους. Ο δε όρος περί προϋπολογισμού αμοιβής με ποσοστό 10% κατ' έτος αντιφάσκει με τις τεχνικές προδιαγραφές του διαγωνισμού. Όπως αναφέρεται στις προδιαγραφές, το τίμημα για τη σύμβαση λειτουργίας και συντήρησης αντιστοιχεί σε πολλά επιμέρους στοιχεία, την εργασία, ανταλλακτικά και αναλώσιμα και άλλα κόστη που επωμίζεται ο ανάδοχος επί μια δεκαετία.

## **Αριθμός απόφασης: 557/2019**

Συνεπώς, τα στοιχεία της αμοιβής του προϋπολογισμού του δικαιώματος προαίρεσης, προκειμένου να είναι διαφανή και νόμιμα όφειλαν να συνδέονται με τέτοια στοιχεία που είναι προβλέψιμα και μπορούν να συγκροτήσουν εύλογα μια οικονομική προσφορά. Αντ' αυτού, η αναθέτουσα αρχή, προφανώς προκειμένου να υπερβεί με οποιονδήποτε τρόπο τον σκόπελο της αοριστίας του προηγούμενου προϋπολογισμού (ως είχε ο όρος 1.3 της Διακήρυξης), ανέγραψε στη Διακήρυξη ένα εντελώς αυθαίρετο δείκτη (10%) που δεν προκύπτει από κανένα δεδομένο και δε σχετίζεται με στοιχεία προβλέψιμα και αναγνωρίσιμα από τους οικονομικούς φορείς. Η μη νομιμότητα του εν λόγω δείκτη (10% της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης) συμπαρασύρει και το σύνολο του προϋπολογισμού του διαγωνισμού, καθιστώντας τον όρο 1.3 ακυρωτέο. Έτσι, τίθενται εμπόδια και μη εύλογες προϋποθέσεις στη συγκρότηση των οικονομικών προσφορών και καθιστούν την όλη διαδικασία συμμετοχής στο διαγωνισμό αυθαίρετη.

Το πόσο αόριστα, ατεκμηρίωτα και άρα παράνομα έχει εκτιμηθεί το κόστος συντήρησης προκύπτει και από τον όρο της διακήρυξης (άρθρο 1.3) σύμφωνα με το οποίο «ως προς τη συντήρηση ο ανάδοχος δεσμεύεται για τη δεκαετή (από την ημερομηνία της οριστικής ποιοτικής και ποσοτικής παραλαβής του συστήματος) συντήρηση και υποστήριξη του Συστήματος, όπως αυτή προσδιορίζεται στο Παράρτημα των Τεχνικών Προδιαγραφών, με την σημείωση ότι κάθε έτος το Νοσοκομείο (σε περίπτωση όπου η προσφερθείσα ετήσια τιμή συντήρησης κριθεί, σύμφωνα με τις οικονομικές συνθήκες οι οποίες θα επικρατούν μετά τη λήξη της εγγύησης καλής λειτουργίας ως υψηλή) δύναται να την διαπραγματεύεται». Με απλά λόγια η ίδια η Αναθέτουσα Αρχή διατηρεί τον ως άνω όρο και αποδέχεται ότι η προϋπολογισθείσα δαπάνη/ κόστος συντήρησης ενδέχεται να είναι τόσο αυθαίρετη, ώστε να μπορεί να δύναται μονομερώς να ζητάει έκπτωση με διαπραγμάτευση.

Επιπλέον, ο ίδιος ο όρος της διακήρυξης περί δυνατότητας διαπραγμάτευσης από την Αναθέτουσα Αρχή σε περίπτωση όπου η προσφερθείσα ετήσια τιμή συντήρησης κριθεί, σύμφωνα με τις οικονομικές συνθήκες οι οποίες θα επικρατούν μετά τη λήξη της εγγύησης καλής λειτουργίας ως υψηλή είναι παράνομος καθ' εαυτός καθώς επιτρέπει στην



## Αριθμός απόφασης: 557/2019

Αναθέτουσα Αρχή μονομερώς, χωρίς σαφή κριτήρια (πχ από ποιο ποσοστό απόκλισης και πάνω είναι η υψηλή η αμοιβή συντήρησης;) να μειώνει το τίμημα συντήρησης απαιτώντας εκπτώσεις.

Επιπλέον, παράνομα (αρχή ίσης μεταχείρισης, αναλογικότητας, διαφάνειας) δεν προβλέπεται ότι αντίστοιχα αύξηση του τιμήματος μπορεί να ζητήσει ο ανάδοχος εφόσον η προσφερθείσα ετήσια τιμή συντήρησης κριθεί, σύμφωνα με τις οικονομικές συνθήκες οι οποίες θα επικρατούν μετά τη λήξη της εγγύησης καλής λειτουργίας ως χαμηλή. Συνεπώς, ο ως άνω όρος της διακήρυξης είναι παράνομος καθώς, μεταξύ άλλων, παρεμποδίζει την εταιρεία μας από το να συμμετάσχει στον διαγωνισμό υπό όρους σαφείς, διαφανείς και αναλογικούς.

2. Μη νόμιμη και αυθαίρετη η συμπερίληψη της απώλειας λόγω εξαέρωσης του Υγρού Οξυγόνου στον προϋπολογισμό του κόστους συντήρησης – παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας.

Ομοίως αυθαίρετη είναι και η πρόβλεψη του νέου όρου 1.3 της Διακήρυξης, όπως τροποποιήθηκε με την 6η Τροποποίηση, ότι στο ποσοστό της προϋπολογισθείσας αμοιβής του αναδόχου για την υπηρεσία συντήρησης της λειτουργίας του εξοπλισμού μετά την παράδοσή του συμπεριλαμβάνεται και η απώλεια λόγω εξαέρωσης του Υγρού Οξυγόνου.

Η νέα αυτή διατύπωση του όρου 1.3 είναι ομοίως μη αποδεκτή, διότι, όπως η ίδια η αναθέτουσα αρχή αναγνωρίζει, το υγροποιημένο οξυγόνο στη δεξαμενή θα έχει Απώλειες Φυσικής Εξαέρωσης. Ουδείς μπορεί να προβλέψει με ακρίβεια το ποσοστό των απωλειών όσο ορθή διαχείριση, συντήρηση και λειτουργία να πραγματοποιεί. Η αβεβαιότητα αυτή ενισχύεται και από το γεγονός ότι οι καταναλώσεις του νοσοκομείου μπορεί να αυξάνονται κατά περιόδους (π.χ. λόγω εποχικών φαινομένων), ώστε δεν μπορούν να προβλεφθούν την δεδομένη στιγμή της υποβολής των οικονομικών προσφορών, ιδίως εφόσον μιλάμε για ένα τεράστιο χρονικό εύρος 10 ετών μετά την ποιοτική και ποσοτική παραλαβή των συμβατικών προϊόντων.

Επιπλέον, θα πρέπει να ληφθεί υπόψη ότι οι δεξαμενές υγρού οξυγόνου είναι ιδιοκτησίας του εκάστοτε προμηθευτή, δεν είναι καινούργιες και δεν θα συντηρούνται από τον ανάδοχο. Αυτά έχουν ως αντικειμενικό αποτέλεσμα ο ανάδοχος να μην είναι σε θέση να γνωρίζει την κατάσταση της

## Αριθμός απόφασης: 557/2019

κάθε δεξαμενής άρα και να προβλέψει/ ελέγξει/ διαχειριστεί/ περιορίσει τις όποιες απώλειες φυσικής εξαέρωσης. Οι απώλειες δε αυτές θα είναι σημαντικές και για τον πρόσθετο λόγο ότι, προκειμένου να διασφαλιστεί η επάρκεια υγρού οξυγόνου στην δεξαμενή για 7 ημέρες (όπως απαιτεί η διακήρυξη κατά τα οριζόμενα στη σελ.52), το ποσοστό πλήρωσης θα παραμένει πάντα υψηλό, κάτι που ενισχύει έτι περαιτέρω τις απώλειες.

Τέλος, δεν είναι δυνατόν η εταιρεία μας να αξιολογήσει τη δεδομένη χρονική στιγμή και να συνυπολογίσει το οικονομικό κόστος των όποιων απωλειών λόγω εξαέρωσης, μιας και είναι αδύνατον να γνωρίζει ή να προβλέψει το κόστος προμήθειας υγρού οξυγόνου καθ' όλη τη 10ετή συμβατική περίοδο. Ως εκ τούτου και αυτή η πρόβλεψη της διακήρυξης είναι παράνομη, αποκλείει δε την εταιρεία μας από τον διαγωνισμό, καθώς δεν δύναται να αναλάβει τον μη και μη δυνάμενο καν να προβλεφθεί σχετικό οικονομικό κίνδυνο, ή να συντάξει με σχετική ασφάλεια την προσφορά της για να μην έχει ζημίες στο μέλλον.

Συνεπώς, εκ του όρου 1.3 ως έχει διαμορφωθεί κατόπιν της 6ης τροποποίησης της διακήρυξης, τίθενται σε κίνδυνο δυσανάλογο των συμφερόντων και επιδιώξεων της αναθέτουσας αρχής οι υποψήφιοι ανάδοχοι, με συνέπεια ο σχετικός όρος που αφορά στη συμπερίληψη της απώλειας λόγω εξαέρωσης του Υγρού Οξυγόνου στο ποσοστό του προϋπολογισμού της δαπάνης για τις υπηρεσίες συντήρησης 10% της αρχικής προϋπολογισθείσας αξίας του προμηθευόμενου εξοπλισμού να είναι ακυρώσιμος. Ο όρος, πέρα από αυθαίρετος, παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας, της διαφάνειας και τις αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού και μη υπέρμετρου περιορισμού της οικονομικής ελευθερίας των οικονομικών φορέων και είναι αντίθετος στα άρθρα 18, 54 και 75 ν. 4412/2016.

Το μη νόμιμο της επιβάρυνσης του αναδόχου με το απρόβλεπτο της απώλειας λόγω εξαέρωσης υγρού οξυγόνου έχει κρίνει *ad hoc* έκανε δεκτό η απόφαση 810/2018 της ΑΕΠΠ που έκρινε στην παρ. 25: «[...] συνάγεται εμμέσως ότι ο υπολογισμός των απωλειών φυσικής εξαέρωσης σε συγκεκριμένο ποσοστό (0,3%), ως τούτο τίθεται με τον προσβαλλόμενο όρο β), δεν προκύπτει από συγκεκριμένα αριθμητικά στοιχεία και υπολογισμούς, με συνέπεια εκ του λόγου τούτου να μη συνάδει με την αρχή της αναλογικότητας

ο ανάδοχος να χρεώνεται υπό τη μορφή ποινής την ποσότητα που υπερβαίνει το συγκεκριμένο ποσοστό. Ως εκ τούτου και με το σκεπτικό που εκτίθεται στην παρούσα σκέψη γίνεται δεκτός ως βάσιμος και ο όγδοος λόγος προσφυγής.»

Συνεπώς ο σχετικός όρος είναι ακυρωτέος.

3. Μη νόμιμοι και ασαφείς όροι της διακήρυξης: παραβίαση άρθρων 18, 54 και 75 ν. 412/2016. Παραβίαση γενικών αρχών ίσης μεταχείρισης, αναλογικότητας, διαφάνειας και ελεύθερου ανταγωνισμού

A. Εισαγωγικά: νομικό πλαίσιο

Το άρθρο 18 παρ.1 ν. 4412/2016 ορίζει ότι «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. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεση τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων».

Περαιτέρω, το άρθρο 54 ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «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

## **Αριθμός απόφασης: 557/2019**

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.

Παράλληλα, το άρθρο 55 παρ.1 του ν. 4412/2016 ορίζει: «Όταν οι αναθέτουσες αρχές σκοπεύουν να προβούν σε αγορά έργων, αγαθών ή υπηρεσιών με ειδικά περιβαλλοντικά, κοινωνικά ή άλλα χαρακτηριστικά, μπορούν, στις τεχνικές προδιαγραφές, στα κριτήρια ανάθεσης ή στους όρους εκτέλεσης της σύμβασης, να απαιτούν συγκεκριμένο σήμα ως αποδεικτικό ότι τα έργα, οι υπηρεσίες ή τα αγαθά συμμορφώνονται στα απαιτούμενα χαρακτηριστικά, εφόσον πληρούνται όλες οι ακόλουθες προϋποθέσεις: α) οι απαιτήσεις σήματος αφορούν αποκλειστικά τα κριτήρια που σχετίζονται με το αντικείμενο της σύμβασης και είναι κατάλληλες για τον προσδιορισμό των χαρακτηριστικών των έργων, των αγαθών ή των υπηρεσιών που αποτελούν αντικείμενο της σύμβασης, β) οι απαιτήσεις σήματος βασίζονται σε κριτήρια που μπορούν να επαληθευτούν με αντικειμενικό τρόπο και δεν εισάγουν διακρίσεις, γ) τα σήματα καθιερώνονται μέσω ανοικτής και διαφανούς διαδικασίας, στην οποία έχουν δικαίωμα συμμετοχής όλοι οι ενδιαφερόμενοι, συμπεριλαμβανομένων κρατικών οργανισμών καταναλωτών, κοινωνικών εταίρων, κατασκευαστών, διανομέων και μη κυβερνητικών οργανώσεων, δ) τα σήματα είναι προσιτά σε όλα τα ενδιαφερόμενα μέρη, ε) οι απαιτήσεις σήματος καθορίζονται από τρίτο, επί του οποίου ο οικονομικός φορέας που υποβάλλει αίτηση για το σήμα, δεν μπορεί να ασκήσει αποφασιστική επιρροή. Όταν οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν τα έργα, τα αγαθά και οι υπηρεσίες να πληρούν όλες τις απαιτήσεις σήματος, δηλώνουν τις απαιτήσεις σήματος στις οποίες αναφέρονται. Οι αναθέτουσες αρχές που απαιτούν συγκεκριμένο σήμα αποδέχονται όλα τα σήματα που επιβεβαιώνουν ότι τα έργα, τα αγαθά και οι υπηρεσίες πληρούν τις ισοδύναμες απαιτήσεις σήματος. Όταν ένας οικονομικός φορέας δεν είχε τεκμηριωμένα τη δυνατότητα να αποκτήσει το ειδικό σήμα που έχει υποδείξει η αναθέτουσα αρχή ή ισοδύναμο σήμα εντός των σχετικών προθεσμιών για λόγους για τους οποίους δεν ευθύνεται ο ίδιος, η αναθέτουσα αρχή αποδέχεται άλλα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, τα οποία μπορεί να περιλαμβάνουν τον τεχνικό φάκελο του κατασκευαστή, υπό την προϋπόθεση ότι ο συγκεκριμένος οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι τα προς

## **Αριθμός απόφασης: 557/2019**

παροχή έργα, αγαθά και υπηρεσίες πληρούν τις απαιτήσεις του συγκεκριμένου σήματος ή τις συγκεκριμένες απαιτήσεις που έχει ορίσει η αναθέτουσα αρχή».

Τέλος, το άρθρο 75 ν. 4412/2016 ορίζει: «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν:

α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα.

Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. 4. 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.

B. Οι επιμέρους μη νόμιμοι και ασαφείς όροι της διακήρυξης

## **Αριθμός απόφασης: 557/2019**

*ι. Ως προς το Παράρτημα II σελ. 46 διακήρυξης: όρος μη νόμιμος κατά παράβαση των άρθρων 18, 54, 55 και 75 ν. 4412/2016*

*Εν προκειμένω, στο Παράρτημα II (τεχνικές προδιαγραφές) της διακήρυξης, σελίδα 46, ζητείται αυτόματο κέντρο προτεραιότητας πηγών οξυγόνου το οποίο να φέρει πιστοποίηση CE ιατροτεχνολογικού προϊόντος. Πρόκειται για όρο μη νόμιμο και άκυρο καθώς αντιβαίνει ευθέως στα ως άνω άρθρα 18, 54 και 75 ν. 4412/2016, όπως και στις γενικές αρχές της ίσης μεταχείρισης, αναλογικότητας, διαφάνειας και ελεύθερου ανταγωνισμού.*

*Ειδικότερα, η διακήρυξη απαιτεί για τον υπό προμήθεια εξοπλισμό τις προδιαγραφές του προσκομιζόμενου ISO 10083 (Oxygen Concentrator Supply Systems for use with Medical Gas Pipeline Systems- ΣΧΕΤΙΚΟ 1), τις οποίες οφείλουν να διαθέτουν όλοι οι υποψήφιοι συμμετέχοντες, σύμφωνα με τον νόμο και την εγκύκλιο ΕΟΦ [22288/28-3-11].*

*Η εν λόγω απαίτηση/ όρος της διακήρυξης είναι μη νόμιμη καθώς: α) το ISO 10083 δεν προβλέπει ή περιλαμβάνει σε κανένα σημείο κάποια τέτοια διάταξη (αυτόματο κέντρο προτεραιότητας πηγών οξυγόνου) ως τμήμα των συμπυκνωτών οξυγόνου και κατ' επέκταση δεν προσδιορίζει καν την απαιτούμενη πιστοποίηση CE, κατά παράβαση των άρθρων 54 και 55 ν. 4412/2016, β) ακόμα και εάν προβλεπόταν η σχετική διάταξη από το ISO 10083, δεν πηγάζει η σχετική ανάγκη κατοχής της υπόψη πιστοποίησης από οποιαδήποτε νομοθεσία/κανονισμό/ εγκύκλιο, άλλωστε ούτε η διακήρυξη προσδιορίζει πόθεν προκύπτει και βασίζεται η πιστοποίηση αυτή, γ) δεν προσδιορίζεται στη διακήρυξη ο τεχνικός λόγος ή ανάγκη που θα πρέπει, παρά το γεγονός ότι ο νομοθέτης δεν το απαιτεί (αρκούμενος στις πιστοποιήσεις ISO 10083), η απαιτούμενη διάταξη (δηλαδή το αυτόματο κέντρο προτεραιότητας πηγών οξυγόνου) να φέρει κάθε αυτό πιστοποίηση CE. Σε κάθε περίπτωση, το να υπάρχει ένα σύστημα που αυτομάτως θα διαχειρίζεται την προτεραιότητα λειτουργίας της κάθε πηγής (γεννήτρια, δεξαμενή, φιάλες) ώστε να διασφαλίζεται η συνεχόμενη και αδιάλειπτη παροχή οξυγόνου στο δίκτυο αποτελεί αντικείμενο και παραδοτέο του διαγωνισμού, για το οποίο εγγυάται ο κάθε υποψήφιος ανάδοχος. Η κάλυψη λοιπόν της συγκεκριμένης απαίτηση με κάποιο αυτόματο κέντρο προτεραιότητας πηγών οξυγόνου το οποίο θα φέρει πιστοποίηση CE ιατροτεχνολογικού προϊόντος*



## Αριθμός απόφασης: 557/2019

δεν προβλέπεται από το εναρμονισμένο πρότυπο. Τονίζεται δε ότι σχετική πιστοποιημένη διάταξη αποτελεί εφεύρεση και περιλαμβάνεται στην γκάμα ενός συγκεκριμένου και μόνο κατασκευαστή.

Συνοψίζοντας, η ως άνω απαιτούμενη πιστοποίηση είναι μη νόμιμη καθώς υπερβαίνει τις προβλεπόμενες από τα εναρμονισμένα πρότυπα και την ευρωπαϊκή φαρμακοποιία προδιαγραφές και είναι αντίθετη στην αρχή της αναλογικότητας. Στην πράξη, παρανόμως (άρθρα 18, 54, 55 και 75 ν.4412/2016) η διακήρυξη θέτει άνευ αιτιολογήσεως επιπρόσθετες προδιαγραφές δημιουργώντας εμπόδια στα πιστοποιημένα κατά ISO 10083 που φέρουν ιατροτεχνολογικό CE προϊόντα μας (βλ. προσκομιζόμενα φυλλάδια κατασκευαστή μας ως προς το προϊόν μας ..... του προμηθευτή μας/ κατασκευαστή .....- ΣΧΕΤΙΚΟ 2) από το να διατεθούν ελεύθερα στην αγορά κατά παράβαση και του ενωσιακού δικαίου.

Ad hoc είναι και η απόφαση της Αρχής Σας αρ. 169/2017 όπως και η απόφασή Σας αρ.85/2017, στην παρ.14 της οποίας αναφέρεται: «14. Επειδή, λαμβανομένης υπόψη της πάγιας κατά τα ανωτέρω νομολογίας του ΣΤΕ σε συνδυασμό με την απόφαση του ΔΕΕ στην υπόθεση C-6/05 Medipac-Καζαντζίδης ΑΕ κατά Βενιζελείου-Παναγιώτου (ΠΕ.Σ.Υ. Κρήτης) όπως και με τη με αριθ. 3/2016 ειδική έκθεση της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., εκπονήθηκε η με αριθ. πρωτ. 5657/28.11.2016 εγκύκλιος της Επιτροπής Προμηθειών Υγείας για την εναρμόνιση των τεχνικών προδιαγραφών με τις διατάξεις της νομοθεσίας περί ιατροτεχνολογικών προϊόντων, κατά το περιεχόμενο της οποίας συνάγεται ότι όταν κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης είναι αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς μόνο βάσει τιμής (ήτοι η χαμηλότερη τιμή), οι αναθέτουσες αρχές απαγορεύεται να θεσπίζουν τεχνικές προδιαγραφές των ιατροτεχνολογικών προϊόντων που ζητούν να προμηθευτούν, οι οποίες περιορίζουν ή αποκλείουν από την προμήθεια ιατροτεχνολογικά προϊόντα που φέρουν τη σήμανση CE, εκτός εάν συντρέχουν λόγοι αποφυγής κινδύνων ασφαλείας ή/και υγείας και εφόσον προηγουμένως έχουν ενημερώσει τον Ε.Ο.Φ. και έχει από αυτόν κινηθεί και ολοκληρωθεί η καθοριζόμενη διαδικασία διασφάλισης, συνθήκες υπό τις οποίες είναι δυνατή η θέσπιση και επιπρόσθετων τεχνικών προδιαγραφών».

ii. Ως προς το Παράρτημα II σελ. 40-41 της διακήρυξης: μη νόμιμος όρος κατά παράβαση των άρθρων 18, 54, 55 και 75 ν. 4412/2016

Στο Παράρτημα II (τεχνικές προδιαγραφές) της διακήρυξης, σελίδες 40 και 41 αναφέρεται ότι ο υποψήφιος ανάδοχος θα πρέπει να προσφέρει και να εγγυηθεί μεταξύ άλλων και θερμοκρασία λειτουργίας της γραμμής παραγωγής αερίου οξυγόνου μεταξύ 0 έως +45 °C.

Αντίστοιχα και στη σελ. 44 ζητείται η γεννήτρια να μπορεί να λειτουργεί με μέγιστη θερμοκρασία περιβάλλοντος 45°C. Πρόκειται για μη νόμιμο άλλως αντίθετο στην αρχή της αναλογικότητας όρο, με τον οποίο η εταιρεία μας αποκλείεται άνευ αντικειμενικού λόγου από τη δυνατότητα συμμετοχής στον διαγωνισμό, διότι τα προϊόντα της (βλ. ΣΧΕΤΙΚΟ 2 επισυναπτόμενο φυλλάδιο κατασκευαστή μας σελ. 4) μπορεί να εγγυηθούν λειτουργία μεταξύ +5 και +45 °C. Η εν λόγω απαίτηση για εγγυημένη λειτουργία της γραμμής παραγωγής αερίου οξυγόνου μεταξύ 0 έως +45 °C είναι καθόλα περιττή και περιορίζει αδικαιολόγητα τον ελεύθερο ανταγωνισμό, καθώς στην πραγματικότητα οι υποδομές εγκατάστασης του εξοπλισμού ζητούνται από τη διακήρυξη να κατασκευαστούν από τον ανάδοχο, ο οποίος και θα τοποθετήσει τον εξοπλισμό σε κλειστό χώρο, με παράλληλη διασφάλιση μέσω διατάξεων απαγωγής της θερμότητας και κλιματιστικών ψύξης της ύπαρξης μίας θερμοκρασίας εσωτερικού χώρου κατάλληλης και σύμφωνης με το σχετικό πρότυπο ISO10083, που απαιτείται να κυμαίνεται μεταξύ 10 και 40°C (σελ. 10 του ISO10083, ΣΧΕΤΙΚΟ 1).

Συνεπώς, το ότι τύποις ο κατασκευαστής μας και κατ' επέκταση η εταιρεία μας δεν μπορεί να δώσει γραπτή εγγύηση για λειτουργία σε θερμοκρασία κάτω των +5 °C (όταν στην πράξη και βάσει του διεθνές προτύπου η θερμοκρασία εντός της εγκατάστασης δεν πρέπει και δεν θα αφεθεί να πέσει κάτω από τους 10 βαθμούς) αποτελεί λόγο που μας αποκλείει η διακήρυξη παράνομα από τον διαγωνισμό. Ο όρος πρέπει να ακυρωθεί και να αντικατασταθεί με όρο σύμφωνα με τον οποίο «ο ανάδοχος θα πρέπει να εγγυηθεί την λειτουργία σε όλες τις συνθήκες περιβάλλοντος σύμφωνα με τα κλιματολογικά στοιχεία για την δεδομένη περιοχή».

Τέλος, κατά παράβαση του νόμου (πχ άρθρο 53 παρ.1 ν. 4412/2016) ο ως άνω όρος έρχεται σε αντίφαση με λοιπές αντίστοιχες απαιτήσεις της

## Αριθμός απόφασης: 557/2019

διακήρυξης για τη θερμοκρασία λειτουργίας. Ειδικότερα, στη σελ. 41 της διακήρυξης απαιτείται ο συμπιεστής να είναι κατάλληλος για υψηλές θερμοκρασίες περιβάλλοντος πλέον των 45°C, κάτι που δεν συνάδει με την πρώτη απαίτηση για δυνατότητα λειτουργίας της εγκατάστασης σε θερμοκρασία έως 45°C, με αποτέλεσμα η υπόψη ασάφεια/ αντίφαση να μην επιτρέπει την υποβολή προσφοράς.

Παράλληλα, η απαίτηση της διακήρυξης ο συμπιεστής να είναι κατάλληλος για υψηλές θερμοκρασίες περιβάλλοντος πλέον των 45°C αποτελεί όρο που επίσης μας αποκλείει άνευ λόγου, καθώς τύποις ο κατασκευαστής μας και κατ' επέκταση η εταιρεία μας δεν μπορεί να δώσει γραπτή εγγύηση για λειτουργία του συμπιεστή σε θερμοκρασία άνω των +45 °C. Άλλωστε οι υποδομές εγκατάστασης του εξοπλισμού ζητείται από τη διακήρυξη να κατασκευαστούν από τον ανάδοχο, ο οποίος και θα τοποθετήσει τον εξοπλισμό σε κλειστό χώρο, με παράλληλη διασφάλιση μέσω διατάξεων απαγωγής της θερμότητας και κλιματιστικών ψύξης της ύπαρξης μίας θερμοκρασίας εσωτερικού χώρου κατάλληλης και σύμφωνης με το σχετικό πρότυπο ISO10083, που απαιτείται να κυμαίνεται μεταξύ 10 και 40°C (σελ. 10 του ISO10083, ΣΧΕΤΙΚΟ 1).

iii. Ως προς το Παράρτημα II σελ. 46 της διακήρυξης: μη νόμιμος όρος κατά παράβαση των άρθρων 18, 54 και 75 ν. 4412/2016

Στο Παράρτημα II (τεχνικές προδιαγραφές) της διακήρυξης, σελ. 46 της διακήρυξης αναφέρεται ότι θα πρέπει να παραδοθεί από τον ανάδοχο σύστημα ελέγχου, συναγερμών και τηλεπιτήρησης, μέσω του οποίου θα παρακολουθείται μεταξύ άλλων και η πίεση και στάθμη δεξαμενής υγρού O<sub>2</sub>. Ωστόσο, κανείς υποψήφιος δεν μπορεί να εγγυηθεί ότι θα παραδώσει και θα διαθέτει καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης τέτοιο σύστημα τηλεμετρίας/τηλεπιτήρησης για την παρακολούθηση της πίεσης και στάθμης δεξαμενής υγρού O<sub>2</sub>, διότι η υπόψη τεχνική δυνατότητα εξαρτάται από τον τύπο της δεξαμενής και από τη συμβατότητα της εκάστοτε δεξαμενής (η οποία λογικά εντός της δεκαετούς διάρκειας της σύμβασης θα αντικατασταθεί στην πορεία τουλάχιστον μία φορά) με το σύστημα ελέγχου, συναγερμού και τηλεπιτήρησης που κάθε ανάδοχος αποσκοπεί να τοποθετήσει (δεν είναι όλα τα συστήματα συμβατά με κάθε είδους δεξαμενή). Μάλιστα, η διακήρυξη ούτε

καν για τον υφιστάμενο τύπο δεξαμενής αναφέρει ούτε και παρέχει εγγύηση ότι η όποια δεξαμενή τοποθετηθεί μελλοντικά θα έχει συγκεκριμένα τεχνικά χαρακτηριστικά για να γνωρίζει ο υποψήφιος ότι θα μπορεί να προσφέρει στο διαγωνισμό την απαιτηθείσα προδιαγραφή χωρίς να κινδυνεύει με κυρώσεις.

Εφόσον η δεξαμενή υγρού οξυγόνου είναι ιδιοκτησίας του εκάστοτε προμηθευτή, είναι αδύνατον για τον κάθε ανάδοχο αλλά και για τον εκάστοτε μελλοντικό προμηθευτή υγρού οξυγόνου να εγγυηθούν την δυνατότητα παρακολούθησης της πίεσης και της στάθμης αυτής, μια και δεν είναι σίγουρη η δυνατότητα σύνδεσης (εφόσον υπάρχει κατάλληλος εξοπλισμός δεξαμενής) και η συμβατότητα του συστήματος ελέγχου, συναγερμού και τηλεπιτήρησης με την εκάστη δεξαμενή.

Συνεπώς, ο επίμαχος όρος της διακήρυξης μας αποκλείει άνευ νόμιμου λόγου από τη δυνατότητα συμμετοχής μας στον διαγωνισμό κατά παράβαση των άρθρων 18, 54 και 75 ν.4412/2016 αλλά και των γενικών αρχών της αναλογικότητας, διαφάνειας και ελεύθερου ανταγωνισμού. Ως εκ τούτου ο όρος αυτός είναι άκυρος.

iv. Ως προς το Παράρτημα II σελ. 47 και 56 της διακήρυξης: μη νόμιμος όρος κατά παράβαση των άρθρων 18, 54 και 75 ν. 4412/2016

Στο Παράρτημα II (τεχνικές προδιαγραφές) της διακήρυξης, σελ. 47 αναφέρεται ότι τυχόν εργασίες τροποποίησης του χώρου εγκατάστασης καθώς επίσης και η έκδοση τυχόν αδειοδοτήσεων θα γίνουν με ευθύνη του Αναδόχου. Τέτοιες άδειες είναι σχεδόν βέβαιο ότι θα απαιτηθούν για την εγκατάσταση της γεννήτριας και του λοιπού εξοπλισμού. Ο όποιος ανάδοχος, ωστόσο, δεν μπορεί να αναλάβει την ευθύνη αδειοδοτήσεων, πρώτον, διότι η διακήρυξη δεν περιλαμβάνει τις αντίστοιχες αναγκαίες πληροφορίες (πχ διαθεσιμότητα κάλυψης, πιθανές υπάρχουσες πολεοδομικές, περιβαλλοντολογικές ή άλλες παραβάσεις που δεν έχουν ρυθμιστεί, πιθανούς περιορισμούς που υφίστανται, κλπ). Δεύτερον, το κυριότερο, ο επίμαχος όρος στην πράξη αποκλείει την εταιρεία μας από τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό διότι η διακήρυξη στη σελ. 56 προβλέπει ότι η ημερομηνία παραλαβής θα οριστεί έως τέσσερις μήνες από την υπογραφή της σύμβασης. Σε περίπτωση υπέρβασης ή μη παραλαβής, τα έξοδα λειτουργίας της υφιστάμενης

## **Αριθμός απόφασης: 557/2019**

εγκατάστασης (προμήθεια οξυγόνου κλπ) μέχρι να παραληφθεί η νέα εγκατάσταση τα αναλαμβάνει ο Ανάδοχος.

Με απλά λόγια τίθεται ποινή στον ανάδοχο με τη μορφή της ανάληψης των (αγνώστου μάλιστα ύψους) εξόδων λειτουργίας της υφιστάμενης εγκατάστασης (προμήθεια οξυγόνου κλπ) μέχρι να παραληφθεί η νέα εγκατάσταση, όταν ουδόλως βρίσκεται στη σφαίρα επιρροής του αναδόχου ο χρόνος παράδοσης παραλαβής της εγκατάστασης. Και δεν βρίσκεται στη σφαίρα επιρροής του διότι ο ανάδοχος δεν μπορεί να διασφαλίσει το πότε τρίτες δημόσιες αρχές θα δώσουν τις σχετικές απαιτούμενες άδειες.

Συνδυαστικά λοιπόν οι ως άνω όροι των σελ. 47 και 56 της διακήρυξης καθιστούν απαγορευτικό τον οικονομικό κίνδυνο για κάθε συνετό επιχειρηματία στον διαγωνισμό και παρανόμως (άρθρα 18, 54 και 75 ν. 4412/2016) μας αποκλείουν από τη συμμετοχή στον διαγωνισμό [η σωστή διατύπωση θα ήταν ο ανάδοχος να πρέπει να συνδράμει το Νοσοκομείο για την έκδοση τυχόν αδειοδοτήσεων που ενδεχομένως απαιτηθούν για την παροχή των συμβατικών υλικών].

Η απλή, μη δεσμευτική δήλωση της διοίκησης και δη στις απόψεις της στο πλαίσιο της προδικαστικής μας προσφυγής περί προσαρμογής των προθεσμιών παραλαβής ουδόλως αρκεί για να άρει τα αναιτιολόγητα και δυσανάλογα εμπόδια/ οικονομικά ρίσκα συμμετοχής στον διαγωνισμό του όποιου συνετού επιχειρηματία. Η μόνη δέσμευση της αναθέτουσας αρχής είναι οι όροι της διακήρυξης και ο νόμος. Στο μέτρο που τέτοια ρύθμιση/ πρόβλεψη περί προσαρμογής των προθεσμιών δεν υφίσταται στη διακήρυξη ή/ και το νόμο, η δήλωση αυτή διοίκησης όπως περιέχεται στις απόψεις της ουδεμία δέσμευση άρα και εγγύηση για τον υποψήφιο ανάδοχο παράγει.

Ad hoc έκανε δεκτό τον σχετικό μας ισχυρισμό η απόφαση 810/2018 της ΑΕΠΠ επί πανομοιότυπου διαγωνισμού με τον ίδιο ακριβώς όρο στη Διακήρυξη, που έκρινε στην παρ.22:

«...Επί του λόγου αυτού η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της ανταπαντά ότι : «εάν απαιτηθούν αδειοδοτήσεις ο χρόνος έκδοσης των οποίων δεν εξαρτάται από τον ανάδοχο, η προθεσμία παραλαβής θα ρυθμίζεται αναλόγως», θέση δια της οποίας συνάγεται εμμέσως αφενός μεν ότι οι επίμαχοι όροι τίθενται ασαφώς, καθότι δεν προσδιορίζεται το είδος των

αδειοδοτήσεων που απαιτούνται, όπως και εάν ή/και ποιες από αυτές πρέπει να φέρει ο εκάστοτε ανάδοχος, αφετέρου δε ότι εκ των όρων τούτων τίθενται σε κίνδυνο δυσανάλογο των συμφερόντων και επιδιώξεών τους οι υποψήφιοι ανάδοχοι, με συνέπεια ο σχετικός λόγος προσφυγής να γίνεται δεκτός ως βάσιμος».

Συναφώς, κατά το άρθρο 2 παρ. 1 περ. 14 του Ν. 4412/2016 ως «έγγραφο διαδικασίας σύναψης της σύμβασης» ή «έγγραφο της σύμβασης» νοείται κάθε έγγραφο το οποίο παρέχει ή στο οποίο παραπέμπει η αναθέτουσα αρχή/αναθέτων φορέας με σκοπό να περιγράψει ή να προσδιορίσει στοιχεία της σύμβασης ή της διαδικασίας ανάθεσης, συμπεριλαμβανομένης της προκήρυξης σύμβασης ....., των τεχνικών προδιαγραφών, του περιγραφικού εγγράφου, των προτεινόμενων όρων της σύμβασης, των υποδειγμάτων για την προσκόμιση των εγγράφων από τους υποψηφίους και τους προσφέροντες, των πληροφοριών σχετικά με τις γενικές και ειδικές υποχρεώσεις και τυχόν πρόσθετων εγγράφων. Επιπλέον, κατά το άρθρο 129 του ίδιου νόμου «Κατά την εκτέλεση δημοσίων συμβάσεων εφαρμόζονται: α) οι διατάξεις του παρόντος, β) οι όροι της σύμβασης και γ) συμπληρωματικά ο Αστικός Κώδικας». Από τις ανωτέρω διατάξεις προκύπτει ότι οι όροι της διακήρυξης είναι δεσμευτικοί για την αναθέτουσα αρχή και δεν μπορούν να τροποποιηθούν κατά τα στάδια της εκτέλεσης. Συνεπώς η προθεσμία παραλαβής που τίθεται με τη διακήρυξη είναι δεσμευτική, παρά τα αντίθετα υποστηριζόμενα από την Αναθέτουσα Αρχή κατά την διαδικασία εξέτασης από την ΑΕΠΠ της προδικαστικής προσφυγής της εταιρείας μας κατά την πρώτη μορφή της Διακήρυξης (προ της τροποποίησης).

ν. Ως προς το Παράρτημα II σελ. 38 και 52 της διακήρυξης: μη νόμιμος όρος κατά παράβαση των άρθρων 18, 54 και 75 ν. 4412/2016

Στο Παράρτημα II (τεχνικές προδιαγραφές) της διακήρυξης σελ. 38 αναφέρεται ότι στο κόστος συντήρησης περιλαμβάνονται όλα τα κόστη εργασιών και υλικών – ανταλλακτικών προληπτικής ή και έκτακτης συντήρησης (έκτακτες βλάβες κάθε είδους για οποιοδήποτε μέρος της εγκατάστασης). Επιπλέον, στη σελ. 52 ζητείται η προσκόμιση υπεύθυνης δήλωσης που θα αναφέρει Αναλαμβάνω την υποχρέωση και την ευθύνη, σε κάθε περίπτωση, και υπό οποιοσδήποτε συνθήκες, να λειτουργώ και να

## Αριθμός απόφασης: 557/2019

συντηρώ την εγκατάσταση για 10 έτη, εφόσον το ζητήσει το Νοσοκομείο. Περαιτέρω αναφέρεται στη σελ. 52 όσον αφορά το κόστος λειτουργίας και συντήρησης της μονάδας ανά έτος λειτουργίας, ότι σε αυτό θα συμπεριλαμβάνεται η πλήρης συντήρηση δηλαδή κάθε είδους εργασία, οτιδήποτε αναλώσιμα υλικά και όλα τα ανταλλακτικά που απαιτούνται για την αδιάλειπτη και ασφαλή λειτουργία της εγκατάστασης για ΧΙΣ έτη. Περιλαμβάνονται κόστη αποκατάστασης έκτακτων βλαβών.

Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι η διακήρυξη απαιτεί από τον ανάδοχο την ανάληψη όλου του κινδύνου λειτουργίας/ συντήρησης, ακόμα και για περιστατικά έκτακτα ή/και ανωτέρας βίας (π.χ. φυσικά φαινόμενα), για βλάβες που οφείλονται σε λειτουργία εκτός προδιαγραφών (π.χ. θερμοκρασίες περιβάλλοντος εκτός εύρους) ή ζημιές που μπορεί να προκληθούν από τρίτους. Ο εν λόγω όρος αποκλείει κάθε συνετό επιχειρηματία από τη συμμετοχή στον διαγωνισμό, κατά παράβαση των άρθρων 18, 54 και 75 ν. 4412/2016 αλλά και των αρχών της αναλογικότητας και ίσης μεταχείρισης. Καμία εταιρεία δεν μπορεί να αναλάβει τέτοιο ρίσκο και καμία ασφαλιστική εταιρεία δεν γνωρίζουμε να καλύπτει τέτοιο κίνδυνο. Το παράνομο και δυσανάλογο του όρου φαίνεται και από το ότι η διακήρυξη δεν εξαιρεί καν τις ζημιές που θα προκληθούν από τρίτους.

Συνεπώς, ο εν λόγω όρος πρέπει να ακυρωθεί καθώς συνεπάγεται ότι ο ανάδοχος επωμίζεται τους ανωτέρω υπερβολικά μεγάλους σε εύρος οικονομικούς και νομικούς κινδύνους χωρίς καν το όποιο ποσοτικό όριο παραβίασε ευθέως τον νόμο (άρθρα 18, 54 και 75 ν. 4412/2016) και κατ' επέκταση παραβιάζει τις γενικές αρχές της αναλογικότητας και της μη παράνομης αποστέρησης δυνατότητας συμμετοχής στον διαγωνισμό. Επισημαίνεται δε ότι η απόφαση έκανε ad hoc δεκτό τον σχετικό μας ισχυρισμό 810/2018 της ΑΕΠΠ.

vi. Ως προς το Παράρτημα II σελ. 51 της διακήρυξης: μη νόμιμος όρος κατά παράβαση των άρθρων 18, 54 και 75 ν. 4412/2016 και των αρχών της αναλογικότητας, διαφάνειας και ελεύθερου ανταγωνισμού

Στο Παράρτημα II (τεχνικές προδιαγραφές) της διακήρυξης σελ. 51 αναφέρεται ότι ο υποψήφιος ανάδοχος θα πρέπει να εγγυηθεί την Μέση Ενεργειακή Κατανάλωση για 10 έτη, με ρήτρα χρέωσης της πιθανής

## Αριθμός απόφασης: 557/2019

υπέρβασης. Συνεπώς, ουδόλως η Μέση Ενεργειακή Κατανάλωση που οφείλει να εγγυηθεί ο οικονομικός φορέας διαμορφώνεται ελεύθερα ώστε να περιληφθεί ελευθέρως στην προσφορά του, καθώς υφίσταται ρητός περιορισμός αλλά και ρήτρα – ποινή της πιθανής υπέρβασης. Προς τούτο καλείται ο όποιος ενδιαφερόμενος να λάβει υπόψη τις καταναλώσεις και το προφίλ χρήσης του νοσοκομείου, όπως και τις κλιματολογικές συνθήκες, προβαίνοντας, αν επιθυμεί, σε επιτόπιες μετρήσεις ή έρευνες.

Στην πράξη με τον επίμαχο όρο της διακήρυξης ο ανάδοχος αναλαμβάνει το κόστος υπέρβασης της κατανάλωσης ενέργειας του νοσοκομείου για περίοδο δέκα ετών. Επισημαίνεται προκαταρκτικά ότι σε σχέση με το αντικείμενο -προϋπολογισμό του διαγωνισμού, το ανά έτος κόστος ενέργειας για μια τέτοια εγκατάσταση ανέρχεται σε ποσά μεταξύ 48.000 και 72.000 ευρώ. Αντιλαμβάνεται λοιπόν κανείς ότι μία μικρή έστω υπέρβαση που θα κληθεί ως ποινή να πληρώσει ο ανάδοχος θα τον οδηγήσει σε τεράστιες απώλειες σε σχέση με το υπό εκτέλεση αντικείμενο του διαγωνισμού, κάτι που καθιστά τόσο την έμμεση αυτή ποινική ρήτρα όσο και τον ίδιο τον υπό εξέταση όρο άκυρο ως δυσανάλογο και ως περιοριστικό του ανταγωνισμού.

Περαιτέρω, η εταιρεία μας αποκλείεται παρανόμως από τη δυνατότητα να υποβάλει προσφορά λόγω του ως άνω όρου, καθώς η αναθέτουσα αρχή δεν εγγυάται ούτε καν το προφίλ κατανάλωσης του νοσοκομείου ώστε να γίνουν οι αντίστοιχοι υπολογισμοί. Απλώς το νοσοκομείο θα δώσει στοιχεία ως προς τις παλαιές καταναλώσεις ενέργειας, από τα οποία στοιχεία δεν μπορούν να βρεθούν τα *peak* της κατανάλωσης, ούτε οι αυξομειώσεις μέσα στον μήνα/έτος, στοιχεία κρίσιμα για τον προϋπολογισμό. Εξίσου άνευ σημασίας είναι η δήθεν δυνατότητα επιτόπιου ελέγχου διότι οι μετρήσεις εντός ολίγων εβδομάδων και εντός θέρους (τέλη Ιουλίου-Αύγουστος) κάθε άλλο παρά ενδεικτικές είναι ως προς το όλο προφίλ, καθώς οι καταναλώσεις είναι αυξημένες τον χειμώνα (εποχιακές λοιμώξεις, κλπ).

Για όλους τους ανωτέρω λόγους ο ως άνω όρος στη σελ. 51 της διακήρυξης είναι άκυρος καθώς παρανόμως αποκλείει την εταιρεία μας από τη δυνατότητα να λάβει μέρος στον διαγωνισμό, απαιτώντας υπέρμετρους, δυσανάλογους και μη συνάδοντες με την πραγματικότητα οικονομικούς και



## Αριθμός απόφασης: 557/2019

νομικούς κινδύνους, κατά παράβαση των άρθρων 18, 54 και 75 ν. 4412/2016 και των αρχών της αναλογικότητας, διαφάνειας και ελεύθερου ανταγωνισμού.

Εξάλλου, το ότι η ΜΕΚ που θα εγγυηθεί ο υποψήφιος διαμορφώνεται ελεύθερα ουδόλως συνεπάγεται ότι μπορεί η αναθέτουσα αρχή νομίμως, ήτοι χωρίς να παραβιάζονται οι αρχές της αναλογικότητας, διαφάνειας και ελεύθερου ανταγωνισμού, όπως και άρθρα 18, 54 και 75 ν. 4412/2016 που εξειδικεύουν τις εν λόγω αρχές, να επιβάλει δυσανάλογο και αποτρεπτικό για τη συμμετοχή οικονομικό κίνδυνο στον υποψήφιο ανάδοχο, χωρίς καν να του παρέχει στοιχεία για το προφίλ κατανάλωσης του νοσοκομείου.

Ad hoc έκανε δεκτό τον σχετικό μας ισχυρισμό η απόφαση 810/2018 της ΑΕΠΠ που έκρινε στην παρ.24: «...Πράγματι, εκ του περιεχομένου του όρου τούτου προκύπτει ότι, η απαίτηση ο υποψήφιος ανάδοχος να εγγυάται εκ των προτέρων τα επίπεδα μέσης ενεργειακής κατανάλωσης του υπό προμήθεια- εγκατάσταση συστήματος σε βάθος 10 ετών, χωρίς η αναθέτουσα αρχή να εγγυάται να παρέχει αντίστοιχα το προφίλ κατανάλωσης του νοσοκομείου, αλλά και χωρίς να παρέχει στους υποψηφίους συγκεκριμένα και αναλυτικά στοιχεία σε σχέση με την κατανάλωση ενέργειας του νοσοκομείου ανά μήνα και ανά έτος, όπως αυτά εξάγονται από μετρήσεις προηγούμενων ετών, και μάλιστα επιβάλλοντας σε βάρος των υποψηφίων ρήτρα χρέωσης της πιθανής υπέρβασης, συνιστά όρο δυσανάλογο και παράνομο σε σχέση με τον επιδιωκόμενο σκοπό, ο οποίος, όπως σημειώνει η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της, έγκειται στο ότι το εγγυημένο κόστος λειτουργίας αποτελεί οικονομικό και ποιοτικό στοιχείο σημαντικό για την επιλογή του αναδόχου, ώστε να είναι οικονομικά συμφέρουσα η εγκατάσταση για το νοσοκομείο, με συνέπεια να γίνεται δεκτός ως βάσιμος ο έβδομος λόγος προσφυγής».

Για όλους τους ανωτέρω λόγους ο ως άνω όρος της διακήρυξης είναι άκυρος καθώς παρανόμως αποκλείει την εταιρεία μας από τη δυνατότητα να λάβει μέρος στον διαγωνισμό, απαιτώντας υπέρμετρους, δυσανάλογους και μη συνάδοντες με την πραγματικότητα οικονομικούς και νομικούς κινδύνους, κατά παράβαση των άρθρων 18, 54 και 75 ν. 4412/2016 και των αρχών της αναλογικότητας, διαφάνειας και ελεύθερου ανταγωνισμού.

vii. Ως προς το Παράρτημα II σελ. 52 της διακήρυξης: μη νόμιμος όρος κατά παράβαση των άρθρων 18, 54 και 75 ν. 4412/2016 και των αρχών της αναλογικότητας, διαφάνειας και ελεύθερου ανταγωνισμού

Στο Παράρτημα II (τεχνικές προδιαγραφές) της διακήρυξης σελ. 52 αναφέρεται ότι: α) ο ανάδοχος θα εγγυάται την πλήρη και αδιάλειπτη παραγωγή της προσφερθείσας ποσότητας και ποιότητας οξυγόνου στο νοσοκομείο, β) ότι στον ανάδοχο θα χρεώνεται υπό τη μορφή ποινής η χρεούμενη ποσότητα που θα υπερβαίνει το 0,3% των συνολικών ετησίων παραλαβών από τον ανάδοχο, με την ποσότητα αυτή του 0,3% (μέχρι την οποία δεν θα πληρώνει ποινή ο ανάδοχος) να ορίζονται ως Απώλειες Φυσικής Εξαέρωσης.

Οι ανωτέρω δύο απαιτήσεις της διακήρυξης είναι μη νόμιμες και αποκλείουν την εταιρεία μας αλλά και κάθε άλλο συνετό επιχειρηματία από τη συμμετοχή στον διαγωνισμό, επιβάλλοντας όρους, προϋποθέσεις και εν τέλει νομικούς και οικονομικούς κινδύνους μη εύλογους και δυσανάλογους. Ειδικότερα:

Ως προς το α`, η ίδια η διακήρυξη (πχ σελ.52) ορίζει ότι η αναθέτουσα αρχή θα είναι αποκλειστικά αρμόδια για την προμήθεια υγρού ιατρικού οξυγόνου στην κρυογονική δεξαμενή (αλλά και για τις συστοιχία φιαλών), η οποία μάλιστα θα πρέπει να είναι διαρκώς (σχεδόν) πλήρης, αφού κατά τη διακήρυξη θα πρέπει να μπορεί ανά πάσα στιγμή να καλύψει αυτόνομα το νοσοκομείο για 7 ημέρες τουλάχιστον. Αφού λοιπόν το οξυγόνο θα το προμηθεύεται από τρίτους και με τις δικές του διαδικασίες (συχνά χρονοβόρες και όχι σπάνια ατελέσφορες) το νοσοκομείο, πώς μπορεί νομίμως να ζητείται από τον ανάδοχο να εγγυηθεί την αδιάλειπτη, επαρκή και ασφαλή τροφοδοσία του υγρού και αερίου ιατρικού οξυγόνου; Συνεπώς, ο όρος είναι άκυρος βάσει και των άρθρων 18, 54 και 75 ν. 4412/2016 και βάσει των αρχών της αναλογικότητας, διαφάνειας και ελεύθερου ανταγωνισμού.

Ως προς το β`, η ίδια η αναθέτουσα αρχή αναγνωρίζει ότι το υγρό στη δεξαμενή θα έχει Απώλειες Φυσικής Εξαέρωσης. Άλλωστε οι ΑΦΕ είναι φυσικό φαινόμενο που οφείλεται κυρίως στη μη ενεργοποίηση της τροφοδοσίας από τη δεξαμενή. Για τον λόγο αυτό μάλιστα ποτέ κάποιο νοσοκομείο δεν έχει προβλέψει σε σύμβαση/ διακήρυξη τέτοιου είδους ποινή

## Αριθμός απόφασης: 557/2019

για τον προμηθευτή υγρού αερίου ή/ και για τον προμηθευτή της δεξαμενής. Παρά ταύτα, παρανόμως, με τρόπο αναιτιολόγητο, αντιεπισημονικό και δυσανάλογο η αναθέτουσα αρχή επιθυμεί να θέσει ένα παντελώς αυθαίρετο ποσοστό απωλειών που δεν θα καταλογίζεται στον ανάδοχο, προβλέποντας παράλληλα στη διακήρυξη ότι η υπέρβαση του ποσοστού αυτού (0,3% των συνολικών ετησίων παραλαβών από τον ανάδοχο) θα χρεώνεται ως ποινή στον ανάδοχο. Αυτή η πρόβλεψη της διακήρυξης είναι παράνομη, αποκλείει δε την εταιρεία μας από τον διαγωνισμό, καθώς δεν δύναται να αναλάβει τον αναιτιολόγητο, μη εύλογο και μη δυνάμενο καν να προβλεφθεί οικονομικό κίνδυνο να χρεώνεται τυχόν υπερβάσεις. Άλλωστε, η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να τεκμηριώσει το από που προκύπτει ότι οι απώλειες φυσικής εξαέρωσης της δεξαμενής υγρού οξυγόνου θα είναι έως 0,3% της ετήσιας παραδιδόμενης ποσότητας. Όπως σημειώσαμε ανωτέρω στο λόγο προσφυγής που αφορά στον όρο 1.3 της Διακήρυξης όπως έχει τροποποιηθεί με πράξη της Αναθέτουσας Αρχής, κανείς δεν μπορεί να προβλέψει με ακρίβεια το ποσοστό των απωλειών (άρα εν προκειμένω και το μέγεθος του οικονομικού κινδύνου πληρωμής των υπερβάσεων) όσο ορθή διαχείριση, συντήρηση και λειτουργία τους και να κάνει. Η αβεβαιότητα αυτή ενισχύεται και από το γεγονός ότι οι καταναλώσεις του νοσοκομείου μπορεί να αυξάνονται κατά περιόδους (π.χ. λόγω εποχικών φαινομένων) αλλά και γενικότερα να αυξηθούν κατά τα μελλοντικά έτη, οπότε και δεν μπορούν να προβλεφθούν την δεδομένη στιγμή.

Σε κάθε περίπτωση, στην πραγματικότητα οι στατικές απώλειες λόγω εξαέρωσης μπορεί να ανέλθουν έως και 3% του περιεχομένου (βλ. safetygram27, Cryogenic Liquid Containers, προσκομιζόμενο ΣΧΕΤΙΚΟ 3) ποσοστό δηλ. που ξεπερνά κατά πολύ την ποσότητα που η διακήρυξη θέτει ως όριο ενεργοποίησης της χρεούμενης ποσότητας (δηλ. το 0,3% των συνολικών ετησίων παραλαβών από τον ανάδοχο).

Επιπλέον, θα πρέπει να ληφθεί υπόψη ότι οι δεξαμενές υγρού οξυγόνου είναι ιδιοκτησίας του κάθε προμηθευτή, δεν είναι καινούργιες και δεν θα συντηρούνται από τον ανάδοχο. Αυτά έχουν ως αντικειμενικό αποτέλεσμα ο ανάδοχος να μην είναι σε θέση να γνωρίζει την κατάσταση της κάθε δεξαμενής άρα και να προβλέψει/ ελέγξει/ διαχειριστεί/ περιορίσει τις όποιες απώλειες

## Αριθμός απόφασης: 557/2019

φυσικής εξαέρωσης. Οι απώλειες δε αυτές θα είναι σημαντικές και για τον πρόσθετο λόγο ότι για την διασφάλιση της επάρκειας υγρού οξυγόνου στην δεξαμενή για 7 ημέρες (όπως απαιτεί η διακήρυξη, σελ.52), το ποσοστό πλήρωσης των δεξαμενών θα παραμένει πάντα υψηλό, κάτι που ενισχύει έτι περαιτέρω τις απώλειες: με έναν απλό υπολογισμό η πραγματική ποσότητα κατανάλωσης ως ΑΦΕ μπορεί να υπερβαίνει ακόμα και το 10% της ετήσιας παραδιδόμενης ποσότητας, με αποτέλεσμα ο ανάδοχος να καλείται να πληρώσει, ως μη οφείλει, ποινή ύψους πολλών χιλιάδων ευρώ, αφού, αν για παράδειγμα οι ΑΦΕ είναι στο 9% της ετήσιας παραδιδόμενης ποσότητας (240, με μια ενδεικτική τιμή αερίου 0,50 ευρώ/ κ.μ., η ποινή ανά έτος θα ανέρχεται στα ευρώ.

Με απλά λόγια σε πλήρη αντίθεση με τις ρυθμίσεις των άρθρων 18, 54 και 75 ν. 4412/2016 και κατά πρόδηλη παραβίαση των αρχών της αναλογικότητας, διαφάνειας και ελεύθερου ανταγωνισμού, η διακήρυξη επιβάλλει μη αιτιολογημένες, δυσανάλογες και μην καν δυνάμενες να προϋπολογιστούν ποινές στον ανάδοχο για ΑΦΕ εκτός της σφαίρας επιρροής του, με αποτέλεσμα η εταιρεία μας να μην δύναται να συμμετάσχει υπό αυτόν τον όρο/ προδιαγραφή στον διαγωνισμό και να αποκλείεται παρανόμως.

Είναι δε διαφορετικό το ζήτημα του αν θα τροφοδοτείται διαρκώς το νοσοκομείο με οξυγόνο και άλλο αν μπορεί νομίμως η αναθέτουσα αρχή να επιβαρύνει τον ανάδοχο με ρίσκα και υποχρεώσεις που δεν είναι εύλογο και οικονομικά συνετό να αναλάβει, για τους λόγους που προαναφέραμε.

Ad hoc έκανε δεκτό τον σχετικό μας ισχυρισμό η απόφαση 810/2018 της ΑΕΠΠ που έκρινε στην παρ. 25: «[...] Από την πρόσθετη, κατά τα ανωτέρω, αιτιολογία που πηγάζει από τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής γίνεται εμμέσως αντιληπτό ότι ο προσβαλλόμενος α) όρος, ως τίθεται στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης, αφορά αποκλειστικά και μόνον στην παραγωγή οξυγόνου που προέρχεται από την κύρια γραμμή του συστήματος, και όχι από τη δευτερεύουσα και εφεδρική γραμμή αυτού, και συνεπώς ο σχετικός λόγος προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός μόνον κατά το μέτρο που η προσβαλλόμενη απαίτηση ο ανάδοχος να εγγυάται την πλήρη και αδιάλειπτη παραγωγή της προσφερθείσας ποσότητας και ποιότητας οξυγόνου στο

νοσοκομείο δεν προβλέπεται ρητώς ότι αφορά στο οξυγόνο που προέρχεται από την κύρια γραμμή παραγωγής.

Ομοίως, από την ως άνω αιτιολογία της αναθέτουσας αρχής συνάγεται εμμέσως ότι ο υπολογισμός των απωλειών φυσικής εξαέρωσης σε συγκεκριμένο ποσοστό (0,3%), ως τούτο τίθεται με τον προσβαλλόμενο όρο β), δεν προκύπτει από συγκεκριμένα αριθμητικά στοιχεία και υπολογισμούς, με συνέπεια εκ του λόγου τούτου να μη συνάδει με την αρχή της αναλογικότητας ο ανάδοχος να χρεώνεται υπό τη μορφή ποινής την ποσότητα που υπερβαίνει το συγκεκριμένο ποσοστό. Ως εκ τούτου και με το σκεπτικό που εκτίθεται στην παρούσα σκέψη γίνεται δεκτός ως βάσιμος και ο όγδοος λόγος προσφυγής.» Για όλους τους ανωτέρω λόγους ο ως άνω όρος της διακήρυξης είναι άκυρος καθώς παρανόμως αποκλείει την εταιρεία μας από τη δυνατότητα να λάβει μέρος στον διαγωνισμό, απαιτώντας υπέρμετρους, δυσανάλογους και μη συνάδοντες με την πραγματικότητα οικονομικούς και νομικούς κινδύνους, κατά παράβαση των άρθρων 18, 54 και 75 ν. 4412/2016 και των αρχών της αναλογικότητας, διαφάνειας και ελεύθερου ανταγωνισμού. Η δε προσβαλλόμενη απόφαση της ΑΕΠΠ που έκρινε νόμιμο τον σχετικό όρο όχι απλώς πιθανολογείται αλλά σαφέστατα αντιβαίνει στον νόμο.

viii. Ως προς το Παράρτημα II σελ. 45 της διακήρυξης: μη νόμιμος όρος κατά παράβαση των άρθρων 18, 54 και 75 ν. 4412/2016 και των αρχών της αναλογικότητας, διαφάνειας και ελεύθερου ανταγωνισμού

Στο Παράρτημα II (τεχνικές προδιαγραφές) της διακήρυξης σελ. 45 αναφέρεται ότι σε περίπτωση που η καθαρότητα του οξυγόνου υπερβεί τα επιθυμητά όρια, πρέπει να υπάρχει ένδειξη εάν η υπέρβαση προέρχεται είτε από μεγαλύτερη παραγωγή οξυγόνου από τα ονομαστικά δεδομένα της γεννήτριας, είτε από φθορά του προσροφητικού υλικού. Η εν λόγω απαίτηση/ τεχνική προδιαγραφή είναι εσφαλμένη, αντιφατική, περιορίζει δε άνευ αντικειμενικής αιτιολογίας τον ανταγωνισμό, οδηγώντας την εταιρεία μας σε μη δυνατότητα συμμετοχής στον διαγωνισμό, κατά παράβαση των άρθρων 18, 54 και 75 ν. 4412/2016 και των αρχών της αναλογικότητας, διαφάνειας και ελεύθερου ανταγωνισμού. Ειδικότερα, ο όρος περιέχει σφάλμα ή/ και ασάφεια, διότι η υπέρβαση των επιθυμητών ορίων καθαρότητας, ήτοι > 96%, μπορεί να προέλθει μόνο από την ταυτόχρονη ενεργοποίηση της δευτερεύουσας ή της

εφεδρικής πηγής. Αυτό προκαλείται από μεγαλύτερη ζήτηση οξυγόνου από τα ονομαστικά δεδομένα της γεννήτριας και όχι από το μεγαλύτερη παραγωγή οξυγόνου όπως λανθασμένα διατυπώνεται στην διακήρυξη. Ταυτόχρονα, η φθορά του προσροφητικού υλικού δεν επιφέρει υπέρβαση των ορίων της καθαρότητας αλλά πτώση αυτής. Επιπλέον, η εταιρεία μας (όπως και οποιοσδήποτε άλλος κατασκευαστής στο μέτρο που γνωρίζουμε) δεν είναι σε θέση να αναπαράγει αντιπροσωπευτική ένδειξη της κατάστασης του προσροφητικού υλικού εντός ενός κλειστού και στεγανού θαλάμου πλήρους προσροφητικού υλικού.

Τέτοια τεχνική δυνατότητα η γεννήτρια να δείχνει εάν η την φθορά του προσροφητικού υλικού δεν προβλέπουν οι ως άνω αναφερθείσες προδιαγραφές ISO 10083, με αποτέλεσμα η επίδικη αυτή απαίτηση της διακήρυξης, με την λανθασμένη τεχνική προδιαγραφή, είναι άκυρη (μη εφαρμόσιμη) και μη νόμιμη, καθώς δεν προσδιορίζεται σε ποια νομοθεσία τίθεται η σχετική απαίτηση.

Συνεπώς, ο ως άνω όρος της διακήρυξης αντιβαίνει ευθέως στα ως άνω άρθρα 18, 54 και 75 ν.4412/2016, όπως και στις γενικές αρχές της ίσης μεταχείρισης, αναλογικότητας, διαφάνειας και ελεύθερου ανταγωνισμού. Αντί ασκόπων επαναλήψεων παραπέμπουμε ανωτέρω στην ανάλυση ως προς το ζητούμενο στη σελ. 46 αυτόματο κέντρο προτεραιότητας πηγών οξυγόνου. [...]]».

12. Επειδή στις απόψεις της η αναθέτουσα αρχή αναφέρει αυτολεξεί ότι: «[.....]Α. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ο προϋπολογισμός της εν θέματι διακήρυξης καταρτίσθηκε αυθαίρετα και άρα μη νόμιμα.

Σύμφωνα με το Άρθρο 6 παρ. και 236 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι «Ο υπολογισμός της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης βασίζεται στο συνολικό πληρωτέο ποσό, χωρίς Φ.Π.Α., όπως εκτιμάται από τον αναθέτοντα φορέα, συμπεριλαμβανομένου κάθε τυχόν δικαιώματος προαίρεσης ή τυχόν παρατάσεων της σύμβασης, όπως αυτά προβλέπονται ρητά στα έγγραφα της σύμβασης (...)».

Επίσης, σύμφωνα με την υπ' αριθμ. 798\_799\_800/2018 απόφασή σας «16. Επειδή, έχει κριθεί ότι η αναθέτουσα αρχή είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει, κατά την κρίση της, τους όρους της Διακήρυξης για την ανάθεση

σύμβασης προμήθειας, ως προς τα προς προμήθεια προϊόντα, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, η δε θέσπιση με τη Διακήρυξη των προδιαγραφών που κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν των διαγωνιζομένων, των οποίων τα αγαθά δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (ΣΤΕ ΕΑ 124/2015, 9/2015, 354/2014). Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από την άποψη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (ΣΤΕ 189/2015, ΕΑ 124/2015, 9/2015, 354/2014).

17. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, ΣΤΕ 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. 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 (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C-19/00 *Siac Construction Ltd*, σκέψεις 34 και 44· ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54).

18. Επειδή, η αρχή της διαφάνειας, προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως, πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στη Διακήρυξη του Διαγωνισμού ή

## Αριθμός απόφασης: 557/2019

στη Συγγραφή Υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του εάν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.06.2002, Υπόθεση C-92/00, Stadt Wien, σκέψη 45· ΔΕΕ, Απόφαση της 12.12.2002, Υπόθεση C-470/99, Universale-Bau, σκέψη 91· ΔΕΕ, Απόφαση της 29.04.2005, Υπόθεση C-496/1999, CAS Succhi di Frutta SpA, σκέψη 111 κλπ).

19. Επειδή, την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων διέπει η αρχή του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού, ο οποίος και μόνον αυτός, διασφαλίζει την προστασία των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, επιτρέποντας τη προμήθεια αγαθών, υπηρεσιών και έργων με τους βέλτιστους ποιοτικά και οικονομικά όρους. Η εν λόγω θεμελιώδης αρχή ισχύει, τόσο στο επίπεδο της αναθέτουσας αρχής, όσο και μεταξύ των συμμετεχόντων (σε δημόσιο διαγωνισμό) οικονομικών φορέων (ΔΕΕ, Απόφαση της 19.04.2012, C-549/10 Tomra Systems ASA, Tomra Europe AS κλπ κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής).

20. Επειδή, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 54 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, (όπως ήδη αναλύθηκε στη σκέψη 8 της παρούσας), που ενσωμάτωσε στην εθνική έννομη τάξη την αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, οι τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης θα πρέπει να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και επιπλέον να μην θέτουν 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 αυτές χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου. Εξάλλου είναι αδικαιολόγητος ο περιορισμός του ανταγωνισμού μέσω τεχνικής προδιαγραφής που λειτουργεί ως κριτήριο αποκλεισμού από την ανάθεση, όταν, μεταξύ άλλων, δε συνδέεται με το αντικείμενο της σύμβασης (Αιτιολογική σκέψη 46 Προοιμίου Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ΔΕΕ, Απόφαση της 17.11.2002, Υπόθεση C-513/99 Concordia,



## Αριθμός απόφασης: 557/2019

σκέψεις 59 και 65· ΔΕΕ, Απόφαση της 4.12.2003, Υπόθεση C-448/01, *Wienstrom*, σκέψη 34 κλπ) ή παραβιάζει αρχές του ενωσιακού δικαίου, όπως της ίσης μεταχείρισης (ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54· ΔΕΕ, Αποφάσεις της 27.11.2001, Υποθέσεις C-285/99 και C-286/99, *Impresa Lombardini SpA*, σκέψη 37· ΔΕΕ, Απόφαση της 19.06.2003, Υπόθεση C-315/01, *GAT*, σκέψη 73· ΔΕΕ Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, *Μηχανική*, σκέψη 45· ΔΕΕ, Απόφαση της 12.03.2015, C-538/13, *eVigilo*, σκέψη 33· ΔΕΕ, Απόφαση της 06.11.2014 Υπόθεση C-42/13, *Cartiera dell'Adda*, σκέψη 44· ΔΕΕ Απόφαση της 24.05.2016, Υπόθεση C-396/14, *MTH0jgaard A/S, Züblin A/S*, σκέψη 37 κλπ).

[...] η πάγια τακτική που ακολουθείται σε διαγωνισμούς για την ανάθεση μιας σύμβασης προμήθειας/συντήρησης ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού μείζονος σημασίας (π.χ αξονικοί τομογράφοι κλπ) είναι η ανάδειξη του μειοδότη, όχι μόνο από το κόστος προμήθειας, αλλά και από το κόστος συντήρησης-λειτουργίας σε βάθος δεκαετίας με αναγωγή σε παρούσα αξία. Στις περιπτώσεις αυτές, η ανάθεση της συντήρησης γίνεται μετά τη λήξη του χρόνου εγγύησης καλής λειτουργίας, χωρίς διαγωνιστική διαδικασία, εφόσον τον κόστος συντήρησης έχει ληφθεί υπόψη στην ανάδειξη του μειοδότη, ο δε προϋπολογισμός του κόστους συντήρησης βαρύνει τον προϋπολογισμό του Νοσοκομείου. Με βάση τα προλεχθέντα, οι υπό εξέταση αιτιάσεις της (δεύτερης) προσφεύγουσας απορρίπτονται ως αβάσιμες».

Εν προκειμένω η πρακτική που είθισται να ακολουθείται στις διαδικασίες ανάθεσης συμβάσεων προμήθειας και συντήρησης ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού μείζονος σημασίας, είναι η ανάδειξη του αναδόχου, όχι μόνο από το κόστος της προμήθειας, αλλά και από το κόστος της λειτουργίας-συντήρησης σε βάθος δεκαετίας, άλλως, θα υπήρχε ο κίνδυνος ανεξέλεγκτου κόστους συντήρησης από τον μοναδικό δυνάμενο να το πραγματοποιήσει (υψηλή τεχνολογία, licence).

Το Νοσοκομείο μας, συμμορφούμενο με την υπ' αριθμ. 792,793, 794/2018 απόφασή σας, συμπεριέλαβε στο συνολικό προϋπολογισμό της διακήρυξης το κόστος του δικαιώματος προαίρεσεως λαμβάνοντας υπόψη τις ανάγκες λειτουργίας της μονάδας εργοστασίου παραγωγής οξυγόνου,

## **Αριθμός απόφασης: 557/2019**

συμπεριλαμβανομένου της απώλειας λόγω εξαέρωσης του Υγρού Οξυγόνου στον προϋπολογισμό του κόστους συντήρησης σε σχέση με άλλα Νοσοκομεία της χώρας, όπως για παράδειγμα το Γενικό Νοσοκομείο της Καλαμάτας. Ως εκ τούτου, ο συνολικός προϋπολογισμός της διακήρυξης επαρκεί για την υπό ανάθεση σύμβαση.

Επιπλέον, εντύπωση προκαλεί το γεγονός ότι ενώ η ίδια η προσφεύγουσα δηλώνει ότι δραστηριοποιείται «εδώ και αρκετά χρόνια στον Ελλαδικό χώρο στους τομείς της προμήθειας, εγκατάστασης, λειτουργίας και συντήρησης εξοπλισμού [...] σε διάφορα νοσοκομειακά ιδρύματα», παραλείπει αφενός να αναφερθεί στην επάρκεια του προϋπολογισμού της διακήρυξης και αφετέρου το να τεκμηριώσει το πώς η κατάρτιση αυτού καθίσταται βλαπτική των συμφερόντων της δυσχεραίνοντας κατ' αυτόν τον τρόπο τη συμμετοχή της στη διαγωνιστική διαδικασία.

Επιπλέον, οι ως άνω ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι προδήλως αόριστοι και δεν τεκμηριώνει με ποιον τρόπο ο ως άνω όρος περί διαπραγμάτευσης καθίσταται βλαπτικός των συμφερόντων της και καθιστά κατά συνέπεια αδύνατη τη συμμετοχή της στην παρούσα διαγωνιστική διαδικασία. Ο ως άνω όρος δεν παρίσταται βλαπτικός των συμφερόντων της προσφεύγουσας και, σε κάθε περίπτωση, δεν συνιστά καθοριστικό όρο για την κατάρτιση της προσφοράς της κι, επομένως, για τη διαμόρφωση της απόφασής της περί συμμετοχής ή μη στον εν θέματι διαγωνισμό. Ως εκ τούτου, δεδομένου μάλιστα ότι δεν υπάρχει επίκληση βλάβης της προσφεύγουσας, αλλά επίκληση λόγων νομιμότητας, κι επομένως δεν στοιχειοθετείται, επομένως βλάβη αυτής καταρχήν στο παρόν στάδιο από τον εν θέματι όρο, άνευ εννόμου συμφέροντος και συνακόλουθα απαραδέκτως προβάλλεται το αίτημα ακύρωσης του.

Τέλος, η τροποποίηση δεν επέρχεται μονομερώς από τον ανάδοχο στον οποίο θα γίνει η κατακύρωση, αλλά υπάρχει απαίτηση συναίνεσης των συμβαλλομένων μερών, ενώ ο ως άνω όρος είναι σαφώς διατυπωμένος.

Ως εκ τούτου, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας τυγχάνει προδήλως αβάσιμος και θα πρέπει να απορριφθεί.

**Β. Η προσφεύγουσα προσφεύγει κατά των ως άνω περιγραφόμενων τεχνικών προδιαγραφών.**

*Εντούτοις, η άποψη του Νοσοκομείου μας είναι η εξής:*

*Σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 («Προθεσμία άσκησης της προσφυγής») του Ν. 4412/2016 «1. Σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: (α) δέκα (10) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα αν η πράξη κοινοποιήθηκε με ηλεκτρονικά μέσα ή τηλεομοιοτυπία ή (β) δεκαπέντε (15) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, αν χρησιμοποιήθηκαν άλλα μέσα επικοινωνίας, άλλως, (γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερομένου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ[...].».*

*Επίσης, σύμφωνα με την Αιτιολογική Έκθεση στο σχέδιο νόμου «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)», «Στο άρθρο 361 καθορίζεται η προθεσμία άσκησης της προσφυγής και η έναρξη αυτής. Αναλυτικότερα, σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία άσκησης της προσφυγής είναι α) δέκα (10) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα εφόσον η πράξη κοινοποιήθηκε με ηλεκτρονικά μέσα ή τηλεομοιοτυπία, ή (β) εφόσον χρησιμοποιήθηκαν άλλα μέσα επικοινωνίας, δεκαπέντε (15) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, άλλως (γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερομένου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δέκα (10) ημερών από την ανάρτηση στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ). Σε περίπτωση παράλειψης, η προθεσμία της προδικαστικής προσφυγής είναι δεκαπέντε (15) ημέρες από την επομένη της συντέλεσης της προσβαλλόμενης παράλειψης. Με τις προτεινόμενες προθεσμίες επιτυγχάνεται πληρέστερη συμμόρφωση προς τις δικονομικές*

## **Αριθμός απόφασης: 557/2019**

οδηγίες (Οδηγία 89/665/ΕΟΚ και 2007/66/ΕΚ), καθώς εγκαθιδρύεται ένα σαφές χρονικό πλαίσιο εντός του οποίου μπορεί να ασκηθεί η προδικαστική προσφυγή».

Σύμφωνα δε με την 539/2018 Απόφασή σας «12. Επειδή, περαιτέρω, η προσπάθεια διάσωσης της προδικαστικής προσφυγής, δεν μπορεί να φτάσει μέχρι την υποκατάσταση του προσφεύγοντος από την Α.Ε.Π.Π. και την εκ μέρους της τελευταίας συμπλήρωση της «τυπικής προϋπόθεσης παραδεκτού», αφού αυτό θα ισοδυναμούσε με παραβίαση της αρχής της ισότητας (βλ. ΣτΕ 935/2017, σχετικές αποφάσεις ΑΕΠΠ 178, 72, 140, 155/2017) που συνιστά συνταγματικά κατοχυρωμένη αρχή (άρθρο 4 και 20 Συντ. και 6 ΕΣΔΑ) και της αρχής της αμεροληψίας, που δέον είναι να διέπει την κρίση των κρίση των διοικητικών οργάνων.

[...] 14. Επειδή, οι διατάξεις που προβλέπουν την προδικαστική προσφυγή, αφενός, χαρακτηρίζονται ως «δικονομικές» και, αφετέρου, απευθύνονται σε μικρό κύκλο αποδεκτών που οφείλουν να τις γνωρίζουν ενόψει της ιδιαιτερότητας του αντικειμένου ως εκ τούτου έχουν άμεσης εφαρμογής ανεξαρτήτως σχετικής ενημέρωσης από την αρμόδια Αρχή κι επομένως ανεξαρτήτως ρητής και εξαντλητικής αναφοράς των σχετικών προϋποθέσεων παραδεκτού στην οικεία διακήρυξη (βλ. σχετ. ΣτΕ Ολ 876/2013).

Επιπλέον, σύμφωνα με την υπ' αριθμ. 193/2017 απόφασή σας «η προβλεπόμενη από τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017, προθεσμία για την άσκηση Προδικαστικής Προσφυγής κατά Προκήρυξης, είναι εύλογη και συμβατή με την αρχή της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας και για τον λόγο αυτόν, πρέπει να τηρείται από τον εκάστοτε θιγόμενο «δεδομένου ότι μόνον η αυστηρή εφαρμογή των δικονομικών κανόνων που τάσσουν αποκλειστικές προθεσμίες, μπορεί να ανταποκρίνεται στην αρχή της ασφάλειας δικαίου και στην ανάγκη να αποφεύγεται κάθε αυθαίρετη διάκριση ή μεταχείριση κατά την απονομή της δικαιοσύνης» (ΔΕΕ, Απόφαση της 21.11.2012, με αντικείμενο την επανεξέταση της υποθέσεως T- 234/11 P, Υπόθεση C-334/12 RX-II, Oscar Orlando Arango Jaramillo κ.λπ. κατά Ευρωπαϊκής Τράπεζας Επενδύσεων (ΕΤΕπ), σκέψη 16).

7. Επειδή, το δικαίωμα παροχής έννομης προστασίας κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης της σύμβασης, δεν είναι απόλυτο και υπόκειται σε περιορισμούς, οι οποίοι γίνονται εμμέσως δεκτοί, μεταξύ άλλων, όσον αφορά στις προϋποθέσεις του παραδεκτού της Προδικαστικής Προσφυγής, διότι, ως εκ της φύσεώς του, το δικαίωμα αυτό προϋποθέτει ρύθμιση εκ μέρους του κράτους, το οποίο διαθέτει προς τούτο ορισμένο περιθώριο εκτιμήσεως [...] περίπτωση άρσεως του απαραδέκτου, ενδεχομένως για λόγους νομικής ασφαλείας και προστατευτέας σε σχέση προς αυτήν εμπιστοσύνης. Τούτο διότι, άγνοια περί την ύπαρξη ή την ισχύ κανόνων δικαίου και μάλιστα βασικών δικονομικών κανόνων, δε συγχωρείται, το δε δικαίωμα έννομης προστασίας κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, δεν αποκλείει τη θέσπιση δικονομικών προϋποθέσεων παραδεκτού για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής.»

Τέλος σύμφωνα με τον άρθρο 1.7 της εν θέματι διακήρυξης («Αρχές εφαρμοζόμενες στη διαδικασία σύναψης»), «Οι οικονομικοί φορείς δεσμεύονται ότι: α) τηρούν και θα εξακολουθήσουν να τηρούν κατά την εκτέλεση της σύμβασης, εφόσον επιλεγούν, τις υποχρεώσεις τους που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπιστεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016. Η τήρηση των εν λόγω υποχρεώσεων ελέγχεται και βεβαιώνεται από τα όργανα που επιβλέπουν την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων και τις αρμόδιες δημόσιες αρχές και υπηρεσίες που ενεργούν εντός των ορίων της ευθύνης και της αρμοδιότητάς τους β) δεν θα ενεργήσουν αθέμιτα, παράνομα ή καταχρηστικά καθ' όλη τη διάρκεια της διαδικασίας ανάθεσης, αλλά και κατά το στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης, εφόσον επιλεγούν γ) λαμβάνουν τα κατάλληλα μέτρα για να διαφυλάξουν την εμπιστευτικότητα των πληροφοριών που έχουν χαρακτηριστεί ως τέτοιες».

Εν προκειμένω, με τη διάταξη του άρθρου 3.4. («Προδικαστικές Προσφυγές- Προσωρινή Δικαστική Προστασία»), της ως άνω το Νοσοκομείο μας ενημέρωσε πλήρως τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς ως προς

## Αριθμός απόφασης: 557/2019

το δικαίωμα και τους όρους άσκησης της Προδικαστικής Προσφυγής. Συνεπώς, οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς ήταν πλήρως ενημερωμένοι σχετικά με τους κανόνες που διέπουν την διαδικασία Προσωρινής Δικαστικής Προστασίας στα πλαίσια της παρούσας διαγωνιστικής διαδικασίας.

Με την υπ' αριθμό 12/2018 και με ΑΔΑ 72Κ946907Τ-5ΡΘ Διακήρυξη του Γενικού Νοσοκομείου Χανίων «Ο Άγιος Γεώργιος», προκηρύχθηκε ηλεκτρονικά στην πλατφόρμα του Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ ο δημόσιος ηλεκτρονικός ανοικτός άνω των ορίων (διεθνής) διαγωνισμός για την Προμήθεια και Εγκατάσταση ενός Συστήματος τροφοδοσίας οξυγόνου με μονάδα παραγωγής οξυγόνου για ιατρική χρήση για την κάλυψη των αναγκών του Γ.Ν Χανίων (CPV 42511200-3) (ΕΣΗΔΗΣ 59032).

Κατά της ως άνω διακήρυξης η εταιρεία με την επωνυμία «.....», είχε προσφύγει ενώπιόν σας, με την με αρ. πρωτ. 17555/08-08-2018 προδικαστική προσφυγή (Σχ. 1), η οποία στρεφόταν κατά ορισμένων τεχνικών προδιαγραφών της εν θέματι διακήρυξης.

Εν συνεχεία, με την υπ' αριθμ. 792,793, 794/2018 απόφαση της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Σχ. 2) επί της προδικαστικής προσφυγής της εταιρείας με την επωνυμία «..... κατά του Νοσοκομείου μας σχετικά με την διακήρυξη του Δημόσιου Ηλεκτρονικού Άνω των Ορίων (Διεθνούς) Διαγωνισμού για Προμήθεια, Εγκατάσταση, λειτουργία και συντήρηση ενός «Συστήματος τροφοδοσίας οξυγόνου με μονάδα παραγωγής οξυγόνου για ιατρική χρήση» CPV 42511200-3 «Μηχανές υγραποίησης αέρα ή άλλων αερίων», με την οποία ακυρώθηκε ο 1.3 σχετικός όρος της ως άνω διακήρυξης σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στην με αρ. 30 σκέψη αυτής, σύμφωνα με την οποία « [...] ο σχετικός όρος 1.3 της διακήρυξης πρέπει να ακυρωθεί και να αναπεμφθεί η διακήρυξη στην αναθέτουσα αρχή έτσι ώστε ο προϋπολογισμός της αξίας της υπό ανάθεση σύμβασης να περιλάβει προϋπολογισμό της αξίας της απαίτησης 10ετούς συντήρησης, που συνιστά δικαίωμα προαίρεσης, καθώς και να ληφθεί υπόψη στο Παράρτημα Ι όρος 2, για τον υπολογισμό του κόστους λειτουργίας και συντήρησης», το Νοσοκομείο μας προχώρησε στην λήψη με πρκ. 8 /ΘΕΜΑ: 2 και με ΑΔΑ ΨΦ8Β46907Τ- 97Κ απόφασης με την 6η Τροποποίηση της υπ' αριθμό 12/2018 και με ΑΔΑ 72Κ946907Τ-5ΡΘ Διακήρυξης σύμφωνα με τα

## Αριθμός απόφασης: 557/2019

διαλαμβανόμενα στην παράγραφο 3 του άρθρου 367 του Ν. 4412/2016 και την παράγραφο 5 του άρθρου 18 του Π.Δ. 39/2017 σύμφωνα με τα οποία «Οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να συμμορφώνονται με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ».

Η ως άνω απόφαση επέφερε τροποποίηση αποκλειστικά και μόνο στον συνολικό προϋπολογισμό της διακήρυξης, ενώ οι τεχνικές προδιαγραφές παρέμειναν αυτούσιες. Συνεπώς, σύμφωνα με τα ως άνω διαλαμβανόμενα στον Ν. 4412/2016, απαραδέκτως, εκπροθέσμως και καταχρηστικώς η προσφεύγουσα στρέφεται κατά των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης.

Συνεπώς, ο παρόν λόγος της προδικαστικής προσφυγής της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθεί ως προδήλως απαράδεκτος διότι κατατέθηκε απαραδέκτως, εκπροθέσμως και καταχρηστικώς ενώπιον σας δυνάμει των ως άνω διατάξεων της διακήρυξης και των προαναφερόμενων διατάξεων των άρθρων 360 και 361 του Ν.4412/2016 καθώς και του άρθρου 4 του Π.Δ. 39/2017.

Ως εκ τούτου, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας τυγχάνει προδήλως αβάσιμος και θα πρέπει να απορριφθεί [...].».

13. Επειδή στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «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».

14. Επειδή στο άρθρο 360 του Ν.4412/2016 προβλέπεται 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,

## **Αριθμός απόφασης: 557/2019**

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.

2. Η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ένδικων βοηθημάτων του Τίτλου 3 κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών.

3. Δεν επιτρέπεται η άσκηση άλλης διοικητικής προσφυγής κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής κατά τη διαδικασία της ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων εκτός από την προδικαστική προσφυγή της παραγράφου 1».

15. Επειδή στο άρθρο 361 του ν.4412/2016 με τίτλο «Προθεσμία άσκησης της προσφυγής» αναφέρει τα εξής : «1. Σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: (α) δέκα (10) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα αν η πράξη κοινοποιήθηκε με ηλεκτρονικά μέσα ή τηλεομοιοτυπία ή (β) δεκαπέντε (15) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, αν χρησιμοποιήθηκαν άλλα μέσα επικοινωνίας, άλλως, (γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ. 2. Σε περίπτωση παράλειψης, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι δεκαπέντε (15) ημέρες από την επομένη της συντέλεσης της προσβαλλόμενης».

16. Επειδή στο άρθρο 362 του ν.4412/2016 με τον τίτλο «Άσκηση προσφυγής - Άσκηση παρέμβασης» ορίζεται ότι : «[...] 4. Δεν επιτρέπεται η άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά απόφασης της ΑΕΠΠ, η οποία δέχεται εν όλω ή εν μέρει προσφυγή άλλου προσώπου».

17. Επειδή στο άρθρο 367 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Διαδικασία λήψης απόφασης συνέπειες αποφάσεων ΑΕΠΠ» ορίζεται ότι : « 1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της



## Αριθμός απόφασης: 557/2019

αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της, η οποία εκδίδεται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία είκοσι (20) ημερών από την ημέρα εξέτασης της προσφυγής. 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια. 3. Οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να συμμορφώνονται με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ. 4. Οι αποφάσεις της ΑΕΠΠ υπόκεινται αποκλειστικά στα ένδικα βοηθήματα που προβλέπονται στον Τίτλο 3 του παρόντος Βιβλίου».

18. Επειδή στο άρθρο 372 του ν.4412/2016 με τον τίτλο «Δικαστική προστασία στο πεδίο που προηγείται της σύναψης της σύμβασης» ορίζεται ότι «1. Όποιος έχει έννομο συμφέρον μπορεί να ζητήσει την αναστολή της εκτέλεσης της απόφασης της ΑΕΠΠ και την ακύρωσή της ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου της έδρας της αναθέτουσας αρχής, με τριμελή σύνθεση, το οποίο αποφαινεται αμετακλήτως. Δικαίωμα άσκησης των ίδιων ενδίκων βοηθημάτων έχει και η αναθέτουσα αρχή αν η ΑΕΠΠ κάνει δεκτή την προδικαστική προσφυγή [...]».

19. Επειδή, το άρθρο 4 του ΠΔ 39/2017 με τίτλο «Προθεσμία άσκησης προσφυγής» ορίζει ρητώς ότι : «1. Σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: α) δέκα (10) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, αν η πράξη κοινοποιήθηκε με ηλεκτρονικά μέσα ή με τηλεομοιοτυπία (άρθρο 361 παρ. 1 περ. α' ν. 4412/2016) ή β) δεκαπέντε (15) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, αν χρησιμοποιήθηκαν άλλα μέσα επικοινωνίας (άρθρο 361 παρ. 1 περ. β' ν. 4412/2016), άλλως γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερομένου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δέκα πέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων

Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ' ν. 4412/2016). 2. Σε περίπτωση παράλειψης, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι δεκαπέντε (15) ημέρες από την επόμενη της συντέλεσης της προσβαλλόμενης παράλειψης (άρθρο 361 παρ. 2 ν. 4412/2016)».

20. Επειδή σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας: «[...] [3.4] Προδικαστικές Προσφυγές - Προσωρινή Δικαστική Προστασία [Συμβάσεις άνω των ορίων]

Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση 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, δικαιούται να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, προσδιορίζοντας ειδικώς τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά του. Σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι:

(α) δέκα (10) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα αν η πράξη κοινοποιήθηκε με ηλεκτρονικά μέσα ή τηλεομοιοτυπία ή

(β) δεκαπέντε (15) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης σε αυτόν αν χρησιμοποιήθηκαν άλλα μέσα επικοινωνίας, άλλως

γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική η τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα.

Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ.

Σε περίπτωση παράλειψης, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι δεκαπέντε (15) ημέρες από την επομένη της συντέλεσης της προσβαλλόμενης παράλειψης.

Η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, επιλέγοντας κατά περίπτωση την ένδειξη «Προδικαστική

## **Αριθμός απόφασης: 557/2019**

Προσφυγή» και επισυνάπτοντας το σχετικό έγγραφο σε μορφή ηλεκτρονικού αρχείου *Portable Document Format (PDF)*, το οποίο φέρει εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών

Για το παραδεκτό της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής κατατίθεται παράβολο από τον προσφεύγοντα υπέρ του Δημοσίου, κατά τα ειδικά οριζόμενα στο άρθρο 363 του ν. 4412/2016 στο άρθρο 19 παρ. 1.1 και στο άρθρο 7 της με αριθμ. 56902/215 Υ.Α..

Το παράβολο επιστρέφεται στον προσφεύγοντα, σε περίπτωση ολικής ή μερικής αποδοχής της προσφυγής του ή σε περίπτωση που, πριν την έκδοση της απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή ανακαλεί την προσβαλλόμενη πράξη ή προβαίνει στην οφειλόμενη ενέργεια.

Η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκησή της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης επί ποινή ακυρότητας, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 364 του ν. 4412/2016. Κατά τα λοιπά, η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής δεν κωλύει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας, εκτός αν ζητηθούν προσωρινά μέτρα προστασίας κατά το άρθρο 366 του ν.4412/2016.

Οι αναθέτουσες αρχές μέσω της λειτουργίας της «Επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ:

- κοινοποιούν την προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στην περ. α του πρώτου εδαφίου της παρ.1 του αρ. 365 του ν. 4412/2016.
- διαβιβάζουν στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) τα προβλεπόμενα στην περ. β του πρώτου εδαφίου της παρ. 1 του αρ. 365 του ν. 4412/2016.

Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της, η οποία εκδίδεται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία είκοσι (20) ημερών από την ημέρα εξέτασης της προσφυγής.

## Αριθμός απόφασης: 557/2019

*Οι χρήστες - οικονομικοί φορείς ενημερώνονται για την αποδοχή ή την απόρριψη της προσφυγής από την ΑΕΠΠ.*

*Η άσκηση της ως άνω προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ένδικων βοηθημάτων της αίτησης αναστολής και της αίτησης ακύρωσης του άρθρου 372 του ν. 4412/2016 κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών.*

*Η αίτηση αναστολής κατατίθεται στο αρμόδιο δικαστήριο μέσα σε προθεσμία δέκα (10) ημερών από την έκδοση της απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής. Για την άσκηση της αιτήσεως αναστολής κατατίθεται παράβολο, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 372 παρ. 4 του ν. 4412/2016.*

*Η άσκηση αίτησης αναστολής κωλύει τη σύναψη της σύμβασης, εκτός εάν με την προσωρινή διαταγή ο αρμόδιος δικαστής αποφανθεί διαφορετικά [...].».*

21. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνολολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

22. Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, καταρχήν να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο γνωρίζοντας εκ των προτέρων το ακριβές περιεχόμενο των κριτηρίων του διαγωνισμού στα οποία καλόπιστα θα στηρίξουν την απόφασή τους εάν θα λάβουν ή όχι μέρος στη διαδικασία

## Αριθμός απόφασης: 557/2019

σύναψης της οικείας σύμβασης (βλ. την απόφαση του ΔΕΕ της 14ης Σεπτεμβρίου 2017, *Casertana Costruzioni*, C-223/16, σκέψη 34, της 14ης Ιουλίου 2016, *TNS Dimarso NV κατά Vlaams Gewest*, υποθ. C-6/15, σκέψεις 22 επ., την απόφαση του ΔΕΕ της 10ης Μαΐου 2012, *Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Βασιλείου των Κάτω Χωρών*, υποθ. C-368/10, σκέψεις 55 επ., 62 επ. και 88). Περαιτέρω, δε, οι όροι της διακήρυξης πρέπει να καταρτίζονται με βάση τα ως άνω ώστε να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, *Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta*, C 496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C 538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, *Επιτροπή κατά Δανίας*, C 243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, C 87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, *SIAC Construction*, C 19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, *Μηχανική*, C 213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, *MT Højgaard και Züblin*, C 396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, C 87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, *Universale-Bau*, C 470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C 538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko κ.λπ.*, C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova*, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

23. Επειδή, κατά πάγια νομολογία η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη, να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές με βάση τις ανάγκες και την σκοπιμότητα χρήσης, η δε θέσπιση με την 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 στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την

## **Αριθμός απόφασης: 557/2019**

συμμετοχή σ' αυτόν τινών διαγωνιζομένων, των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από την φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους εν γένει απαράδεκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (Ε.Α. ΣΤΕ 354/2014, 1140/2010 κ.ά.).

24. Επειδή κατά τον συνδυασμό των ως άνω διατάξεων καθώς και ως έχει παγίως κριθεί, είναι απαράδεκτη δεύτερη προδικαστική προσφυγή, ήτοι προσφυγής που έπεται χρονικά στην κατάθεσή της (βλ. ΣΤΕ ΕΑ 375/2005), κατά της αυτής βλαπτικής πράξεως ή παραλείψεως της αναθέτουσας αρχής ακόμα και αν προβάλλει αιτιάσεις που αφορούν ζητήματα διαφορετικά από αυτά που τέθηκαν με την πρώτη (ΣΤΕ ΕΑ 181, 228/1998, 53/1999, 15/2000, 92/2001, 375/2005, 1092/2006, 526, 1027/2008, 236/2010), συνεπάγεται δε ακόμα και το απαράδεκτο της κατόπιν αυτή αιτήσεως αναστολής (ΣΤΕ ΕΑ 375, 1054/2005, 25, 599, 1092/2006, 526, 575, 1027/2008, 110/2009).

25. Επειδή, οι διατάξεις που προβλέπουν την προδικαστική προσφυγή, αφενός, χαρακτηρίζονται ως οιονεί «δικονομικές» και, αφετέρου, απευθύνονται σε μικρό κύκλο αποδεκτών που οφείλουν να τις γνωρίζουν ενόψει της ιδιαιτερότητας του αντικειμένου ως εκ τούτου έχουν άμεση εφαρμογή ανεξαρτήτως σχετικής ενημέρωσης από την αρμόδια Αρχή κι επομένως ανεξαρτήτως ρητής και εξαντλητικής αναφοράς των σχετικών προϋποθέσεων παραδεκτού στην οικεία διακήρυξη (βλ. σχετ. ΣΤΕ Ολ 876/2013). Εξάλλου, στο πλαίσιο των διοικητικών προσφυγών που ασκούνται στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων, δεδομένου του μικρού κύκλου των αποδεκτών της οικείας νομοθεσίας και της κατ' επάγγελμα κατά την συνήθη πορεία των πραγμάτων ενασχολήσεώς τους με τις διαδικασίες των δημοσίων συμβάσεων, οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να γνωρίζουν τις κρίσιμες διατάξεις (βλ. ΣΤΕ 268, 360/2018, 1400, 1595/2016, 3128,3129/2015, 1072, 1985, 1988/2014, 2886/2013, 2315/2013).

26. Επειδή οι προϋποθέσεις του παραδεκτού που πρέπει να συντρέχουν κατά την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής κρίνονται σε κάθε περίπτωση και αυτεπαγγέλτως από το αρμόδιο όργανο, ήτοι εν προκειμένω την ΑΕΠΠ (πρβλ. ΣΤΕ 2080/2016).

27. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 12 παρ. 1 του Π.Δ. 38/2017 «Κανονισμός λειτουργίας της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (ΦΕΚ Α΄ 63/04.05.2017) ορίζεται ότι: «Για τα θέματα που δεν ρυθμίζονται με ειδικότερες διατάξεις στον παρόντα Κανονισμό, εφαρμόζονται επικουρικά οι διατάξεις του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, όπως ισχύει», ενώ στο άρθρο 10 με τίτλο «προθεσμίες προς ενέργεια» του Ν. 2690/1999, ως ισχύει (Κύρωση του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας) ορίζεται ότι: «1. Οι προθεσμίες για την υποβολή αίτησης, αναφοράς, δήλωσης ή άλλου εγγράφου του ενδιαφερομένου, καθώς και για οποιαδήποτε άλλη ενέργεια του είναι αποκλειστικές, εκτός αν χαρακτηρίζονται ενδεικτικές από τις διατάξεις που τις προβλέπουν».....[...].7. «Για τον υπολογισμό των προθεσμιών αν ειδικές διατάξεις δεν ορίζουν διαφορετικά, εφαρμόζονται οι διατάξεις των άρθρων 241-246 του Αστικού Κώδικα» (βλ. και Α.Ι. Τάχος, *Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο*, 5η έκδοση, 1996, Εκδόσεις Σάκκουλα, Θεσσαλονίκη, σελ. 383).

28. Επειδή, τα άρθρα 240-242 ΑΚ ορίζουν τα εξής : το άρθρο 240 ότι : «Στις προθεσμίες που καθορίζονται με νόμο, δικαστική απόφαση ή δικαιοπραξία ισχύουν οι ερμηνευτικές διατάξεις των άρθρων 241 έως 246», το άρθρο 241 Έναρξη ότι «Η προθεσμία αρχίζει την επόμενη της ημέρας όπου έγινε το γεγονός που αποτελεί την αφετηρία της...[.].» και το άρθρο 242 Λήξη ότι «Η προθεσμία λήγει όταν περάσει ολόκληρη η τελευταία ημέρα και αν είναι κατά νόμο εορτάσιμη, όταν περάσει ολόκληρη η επόμενη εργάσιμη», ενώ ειδική ρύθμιση υφίσταται και στην Υπουργική Απόφαση 56902/215/2-6-17 (ΦΕΚ 1924/Β΄/2 Ιουνίου 2017) (βλ. σκέψη 17).

29. Επειδή, είναι συμβατή με το ενωσιακό δίκαιο εθνική ρύθμιση, η οποία προβλέπει ότι η προσφυγή κατ' αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής πρέπει να ασκείται εντός της ταχθείσας προς τούτο προθεσμίας και ότι οι θιγόμενοι ενδιαφερόμενοι που επικαλούνται πλημμέλεια της διαδικασίας συνάψεως της συμβάσεως, προς στήριξη της προσφυγής τους, πρέπει να προβάλουν την εν λόγω πλημμέλεια εντός της ίδιας προθεσμίας, διότι άλλως θα απολέσουν το σχετικό δικαίωμά τους, με αποτέλεσμα ότι, αν παρέλθει η προθεσμία αυτή, δεν είναι δυνατή ούτε η προσβολή της εν λόγω αποφάσεως ούτε η προβολή της εν λόγω πλημμέλειας, εφόσον η επίμαχη προθεσμία είναι

## Αριθμός απόφασης: 557/2019

εύλογη (Απόφαση της 11ης Οκτωβρίου 2007, C 241/06, *Lämmerzahl*, Συλλογή 2007, σ. I 8415, σκέψη 50).

30. Επειδή, εξάλλου, το άρθρο 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/665 επιβάλλει στα κράτη μέλη την υποχρέωση να εξασφαλίζουν ότι οι αποφάσεις των αναθετουσών αρχών υπόκεινται στην άσκηση αποτελεσματικών και όσο το δυνατόν ταχύτερων προσφυγών. Ο καθορισμός, όμως, αποκλειστικών προθεσμιών ασκήσεως προσφυγής καθιστά δυνατό να επιτευχθεί ο επιδιωκόμενος από την οδηγία 89/665 σκοπός της ταχείας διεκπεραιώσεως, υποχρεώνοντας τους οικονομικούς φορείς να προσβάλουν σε σύντομο χρονικό διάστημα τα προπαρασκευαστικά μέτρα ή τις ενδιάμεσες αποφάσεις που λαμβάνονται στο πλαίσιο της διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως (βλ. Διάταξη του ΔΕΕ της 14ης Φεβρουαρίου 2019 στην υπόθεση C-54/18, *Cooperativa Animazione Valdocco Soc. coop. soc. Impresa Sociale Onlus κατά Consorzio Intercomunale Servizi Sociali di Pinerolo, Azienda Sanitaria Locale To3 di Collegno e Pinerolo*, σκέψη 27, πρβλ. απόφαση της 28ης Ιανουαρίου 2010, *Επιτροπή κατά Ιρλανδίας*, C-456/08, EU:C:2010:46, σκέψη 60 και εκεί μνημονευόμενη νομολογία).

31. Επειδή το ΔΕΕ έκρινε, περαιτέρω, ότι ο καθορισμός ευλόγων αποκλειστικών προθεσμιών ασκήσεως προσφυγής πληροί, καταρχήν, την επιταγή περί αποτελεσματικότητας που απορρέει από την οδηγία 89/665, καθόσον συνιστά εφαρμογή της θεμελιώδους αρχής της ασφάλειας δικαίου (αποφάσεις της 12ης Δεκεμβρίου 2002, *Universale-Bau* κ.λπ., C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 76, καθώς και της 21ης Ιανουαρίου 2010, *Επιτροπή κατά Γερμανίας*, C-17/09, μη δημοσιευθείσα, EU:C:2010:33, σκέψη 22) και καθόσον συμβιβάζεται με το θεμελιώδες δικαίωμα σε αποτελεσματική δικαστική προστασία (βλ. Διάταξη του ΔΕΕ της 14ης Φεβρουαρίου 2019 στην υπόθεση C-54/18, *Cooperativa Animazione Valdocco Soc. coop. soc. Impresa Sociale Onlus κατά Consorzio Intercomunale Servizi Sociali di Pinerolo, Azienda Sanitaria Locale To3 di Collegno e Pinerolo*, σκέψη 28, πρβλ. απόφαση της 11ης Σεπτεμβρίου 2014, *Fastweb*, C-19/13, EU:C:2014:2194, σκέψη 58).

32. Επειδή, κατά τις επιταγές του ενωσιακού δικαίου για την προστασία των δικαιωμάτων, που παρέχει το δίκαιο της Ένωσης στους θιγόμενους από



## Αριθμός απόφασης: 557/2019

αποφάσεις των αναθετουσών αρχών υποψηφίους και προσφέροντες, εξασφαλίζονται με τον Ν. 4412/2016 οι επιταγές του ενωσιακού δικαίου και δη η υποχρέωση να μη θίγεται ούτε η αποτελεσματικότητα της οδηγίας 89/665 ούτε τα δικαιώματα που απονέμονται στους ιδιώτες από το δίκαιο της Ένωσης, ιδίως δε το δικαίωμα πραγματικής προσφυγής και αμερόληπτου δικαστηρίου, που κατοχυρώνεται στο άρθρο 47 του Χάρτη (βλ. Διάταξη του ΔΕΕ της 14ης Φεβρουαρίου 2019 στην υπόθεση C-54/18, *Cooperativa Animazione Valdocco Soc. coop. soc. Impresa Sociale Onlus κατά Consorzio Intercomunale Servizi Sociali di Pinerolo, Azienda Sanitaria Locale To3 di Collegno e Pinerolo*, σκέψη 30, πρβλ. απόφαση της 15ης Σεπτεμβρίου 2016, *Star Storage* κ.λπ., C-439/14 και C-488/14, EU:C:2016:688, σκέψεις 43 έως 45) κατά τρόπο αρκούντως ακριβή, σαφή και προβλέψιμο, ώστε να μπορούν οι ιδιώτες να έχουν γνώση των δικαιωμάτων και των υποχρεώσεών τους (βλ. Διάταξη του ΔΕΕ της 14ης Φεβρουαρίου 2019 στην υπόθεση C-54/18, *Cooperativa Animazione Valdocco Soc. coop. soc. Impresa Sociale Onlus κατά Consorzio Intercomunale Servizi Sociali di Pinerolo, Azienda Sanitaria Locale To3 di Collegno e Pinerolo*, σκέψεις 29- 30, πρβλ. αποφάσεις της 30ής Μαΐου 1991, *Επιτροπή κατά Γερμανίας*, C-361/88, EU:C:1991:224, σκέψη 24, και της 7ης Νοεμβρίου 1996, *Επιτροπή κατά Λουξεμβούργου*, C-221/94, EU:C:1996:424, σκέψη 22). Συνεπώς, επιτυγχάνεται ο προβλεπόμενος στο άρθρο 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/665 σκοπός να διασφαλίζεται η ύπαρξη αποτελεσματικών προσφυγών κατά παραβάσεων των διατάξεων που εφαρμόζονται σε θέματα συνάψεως δημοσίων συμβάσεων, καθώς οι προθεσμίες που τάσσονται για την άσκηση των προσφυγών αυτών εκκινούν από την ημερομηνία και μόνον κατά την οποία ο προσφεύγων έλαβε γνώση ή όφειλε να λάβει γνώση της παραβάσεως των εν λόγω διατάξεων την οποία προβάλλει, ήτοι τα κοινοποιηθέντα έγγραφα περιέχουν έκθεση όλων των συναφών με το περιεχόμενο της βλαπτικής ενέργειας λόγων [αποφάσεις της 28ης Ιανουαρίου 2010, *Uniplex (UK)*, C-406/08, EU:C:2010:45, σκέψη 32, της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 52, καθώς και της 8ης Μαΐου 2014, *Idrodinamica Spurgo Velox* κ.λπ., C-161/13, EU:C:2014:307, σκέψη 37]. Το, δε, Δικαστήριο σταθερά υπενθυμίζει και

διευκρινίζει ότι η αρχή τη ασφάλειας δικαίου, από την οποία απορρέει και η αρχή της προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης, επιτάσσει να είναι οι κανόνες δικαίου σαφείς και ακριβείς, τα δε αποτελέσματα τους να μπορούν να προβλεφθούν, ιδιαίτερα όταν οι κανόνες δικαίου σαφείς και ακριβείς, τα δε αποτελέσματά τους να μπορούν να προβλεφθούν, ιδιαίτερα όταν οι κανόνες αυτοί ενδέχεται να έχουν δυσμενείς συνέπειες για τους ιδιώτες και τις επιχειρήσεις (Παναγιώτης Δέγλερης, *Οι δημόσιες συμβάσεις στην ενωσιακή έννομη τάξη – Η προσωρινή δικαστική προστασία, - Η θεμελίωση και η νομολογία του ΔΕΕ*, Επιμέλεια – Συνεργασία : Βαΐα Στεργιοπούλου, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2019, σελ. 275-276, βλ. και ΔΕΕ 20.12.2017, C-322/16 (*Global Starnet*), σκ. 46 επ. και ΔΕΕ 11.6.2015, C-98/14 (*Berlington Hungary*), σκ. 77). Η προβλεπόμενη, κατά τα ανωτέρω, στις οικείες διατάξεις πλήρης γνώση πρέπει να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι δεν επιτρέπεται να εφαρμόζονται αποκλειστικές προθεσμίες, τις οποίες προβλέπει το εθνικό δίκαιο κατά τρόπο τέτοιο ώστε ο προσφέρων να στερείται την πρόσβαση σε προσφυγή κατά παράνομης αποφάσεως ενώ ουσιαστικά δεν μπορούσε να έχει γνώση της παρανομίας αυτής παρά μόνο μετά τη λήξη της αποκλειστικής προθεσμίας (πρβλ. αποφάσεις της 27ης Φεβρουαρίου 2003, *Santex*, C-327/00, EU:C:2003:109, σκέψη 60, καθώς και της 11ης Οκτωβρίου 2007, *Lämmerzahl*, C-241/06, EU:C:2007:597, σκέψεις 59 έως 61 και 64).

33. Επειδή, το ΔΕΕ στις 12.3.2015 στην υπόθεση C-538/13 (*eVigilo*) έκρινε ότι το εθνικό δικαστήριο οφείλει να εξετάσει στην ουσία την προσφυγή, που αν και τυπικά εκπρόθεσμη, εντούτοις στην πραγματικότητα ο προσφεύγων δεν είχε δυνατότητα λάβει γνώση της παράβασης της Αναθέτουσας Αρχής, παρά μόνο μετά τη λήξη της τιθέμενης από το εθνικό δίκαιο προθεσμίας. Ως απώτερο χρονικό σημείο για τη άσκηση της προσφυγής αυτής τίθεται το χρονικό σημείο κατά το οποίο παρέρχεται η προθεσμία προσβολής της τελικής απόφασης ανάθεσης της σύμβασης. Με τον τρόπο αυτό ερμηνείας το ΔΕΕ ουσιαστικά «ισορροπεί» μεταξύ της αρχής της αποτελεσματικότητας των «δικονομικών» Οδηγιών, που επιβάλλουν τη διασφάλιση ότι ο θιγόμενος θα έχει το δικαίωμα να αμφισβητήσει πραγματικά και αποτελεσματικά τη νομιμότητα των αποφάσεων της Αναθέτουσας Αρχής

## Αριθμός απόφασης: 557/2019

και της αρχής της ασφάλειας δικαίου, που θίγεται όταν μια διοικητική πράξη παραμένει για μακρό χρονικό διάστημα σε αμφισβήτηση, αναφορικά με τη νομιμότητά της. Όπως και προηγούμενα αναφέρθηκε, το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι ο καθορισμός εύλογων αποκλειστικών προθεσμιών για την άσκηση βοηθημάτων επί ποινή απαραδέκτου είναι προς το συμφέρον της ασφάλειας δικαίου. Όπως, δε, κατά λέξη αναφέρεται – σε περισσότερες από μια αποφάσεις (ΔΕΕ 12.3.2015, C-538/13 (*eVigilo*), σκ. 51 πρβλ και ΔΕΕ 28.1.2010 C-456/08 (*Επιτροπή κατά Ιρλανδίας*), σκ. 52, ΔΕΕ 12.2.2002 C-470/99 (*Universale Bau*), σκ. 75) : «..Η πλήρης εκπλήρωση του επιδιωκόμενου με την οδηγία 89/665 σκοπού θα διακυβευόταν αν οι υποψήφιοι και οι προσφέροντες μπορούσαν νομίμως να επικαλεστούν, σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας διεξαγωγής του διαγωνισμού, παραβάσεις των κανόνων περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων, υποχρεώνοντας με τον τρόπο αυτόν την Αναθέτουσα Αρχή να επαναλάβει ολόκληρη τη διαδικασία προς θεραπεία των παραβάσεων αυτών» (Παναγιώτης Δέγλερης, *Οι δημόσιες συμβάσεις στην ενωσιακή έννομη τάξη, - Η προσωρινή δικαστική προστασία, - Η θεμελίωση και η νομολογία του Δ.Ε.Ε*, Επιμέλεια – Συνεργασία : Βάϊα Στεργιοπούλου, Εκδόσεις Σάκκουλας, 2019, σελ. 178-179).

34. Επειδή, και υπό το προγενέστερο νομικό καθεστώς (ν. 3886/2010) η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής συνιστά προϋπόθεση παραδεκτής άσκησης κι έχει παγίως κριθεί ότι «δεν αναστέλλεται κατά τη διάρκεια των δικαστικών διακοπών (βλ. ΕΑ 888/2004, 365, 931/2007, 199/2009), δεν αναβιώνει σε περίπτωση μεταγενέστερης ρητής απορρίψεως της προδικαστικής προσφυγής με σχετική πράξη της αναθέτουσας αρχής, ούτε προσβάλλεται η πράξη αυτή αυτοτελώς με αίτηση ασφαλιστικών μέτρων εντός νέας δεκαήμερης προθεσμίας, διότι σκοπός του νομοθέτη είναι η ταχεία επίλυση της διαφοράς και η περαιτέρω πρόοδος του διαγωνισμού (βλ. ΣΤΕ 27/2017, ΔεΦ Πατρ. 39/2017, ΣΤΕ 119/2014, 400/2014, Ε.Α. 119/2014, 427, 637/2012, 181, 796/2011)».

35. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω και δυνάμει των ως άνω νομοθετικών προβλέψεων η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι αποκλειστική ή ανατρεπτική και η μη τήρησή της

## Αριθμός απόφασης: 557/2019

συνεπάγεται το απαράδεκτο της προσφυγής (Δημήτριος Γ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β΄ έκδοση, ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΣΑΚΚΟΥΛΑΣ, 2017, σελ. 853). Η εν λόγω, δε, προθεσμία άσκησης προδικαστικής προσφυγής προβλέπεται ρητά και με σαφήνεια στον νόμο, αποτελεί δε, εν πάση περιπτώσει, ως στοιχείο του παραδεκτού της άσκησης της προσφυγής, ευθύνη του οικονομικού φορέα ο οποίος οφείλει να επιδεικνύει και την ανάλογη επιμέλεια (βλ. ΣΤΕ 27/2015, ΔΕΦΑΘ 269/2018).

36. Επειδή κατά την έννοια του ενωσιακού δικαίου (βλ. σχετικά άρθρο 6 ΕΣΔΑ) ως ερμηνεύεται από το ΕΔΔΑ, η έννοια του «θιγόμενου» ταυτίζεται με το άτομο που βλάπτεται άμεσα από την αμφισβητούμενη πράξη ή παράλειψη (βλ. *Johnston* κα 18.12.1986, *Prager και Oberschlick*, 26.4.1995).

37. Επειδή στα πλαίσια της δικονομικής Οδηγίας 89/665/ΕΚ καθίστανται σαφές ότι τα κράτη μέλη δεν υποχρεούνται να παρέχουν το δικαίωμα ασκήσεως προσφυγής σε οποιοδήποτε πρόσωπο επιδιώκει τη σύναψη δημοσίας συμβάσεως (υπόθεση ΔΕΚ C-240/01, 19.6.03, *W.Hackermuller*, Συλλ. 2003, I-6319, σκέψεις 18-19) C-230/02, 12.2.04 *Grossmann Air Service*, σκ 26). Κατά τα παγίως δε γενόμενα δεκτά, κατά την έννοια των διατάξεων του Ν. 3886/2010, η οποία δεν έχει μεταβληθεί εν προκειμένω με το παρόν νομοθετικό πλαίσιο (Ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο με το νόμο αυτό σύστημα παροχής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την εκ μέρους του αναθέτοντος φορέως παράβαση των κανόνων οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της διακήρυξης ή τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί βλάβη από όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατά την άποψή του τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την

## Αριθμός απόφασης: 557/2019

ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή του στον διαγωνισμό (ΕΑ ΣτΕ 16, 9/2015, 415/2014, 314/2013. 616, 472, 434/2012, 182/2011 κ.α). Με βάση τα ως άνω, σε περίπτωση που κάποιος προτίθεται να στραφεί της κατά όρων διακήρυξης, θεωρώντας ότι την καθιστούν πλημμελή, θα πρέπει να επικαλεσθεί και να αποδείξει τη συγκεκριμένη ζημία που υφίσταται από τον όρο τον οποίο θεωρεί μη νόμιμο και όχι σύμφωνο με τη νομοθεσία που διέπει τους διαγωνισμούς των δημοσίων συμβάσεων.

38. Επειδή το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι άμεσο, και ατομικό /προσωπικό, με την έννοια ότι πρέπει να αφορά τον ενδιαφερόμενο προσωπικά και όχι ένα γενικό κύκλο προσώπων. Όσον αφορά τις κανονιστικές πράξεις *«η προϋπόθεση για τη συνδρομή του προσωπικού εννόμου συμφέροντος συντρέχει όταν η προσβαλλόμενη κανονιστική ρύθμιση, θίγει συγκεκριμένες ελευθερίες ή δικαιώματα του αιτούντος, τα οποία κατοχυρώνονται από το Σύνταγμα και τους νόμους και των οποίων την πραγμάτωση επιδιώκει να αποκαταστήσει ο αιτών με την έκδοση της ακυρωτικής απόφασης»* (Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», *ΔιοικΔ*, 2010, τ. 4, σελ 847).

39. 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, 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

## Αριθμός απόφασης: 557/2019

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 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).

40. 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).

41. Επειδή το έννομο συμφέρον αφορά κάθε νομική ή πραγματική κατάσταση που αναγνωρίζεται από το δίκαιο και από την οποία ο αιτών βάσει ενός ιδιαίτερου δεσμού αντλεί ωφέλεια, η οποία θίγεται από την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη (Γλυκερία Π. Σιούτη, *Το έννομο συμφέρον στην αίτηση ακύρωσης*, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1998, σελ. 23). Ειδικότερα, όσον αφορά τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, η προσφεύγουσα πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτήν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να

## Αριθμός απόφασης: 557/2019

καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣΤΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β΄ έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756).

42. Επειδή, ειδικότερα, λόγοι με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό την μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του δυνατότητες τις απαιτούμενες υπηρεσίες και να καθορίσει, με βάση δικές του εκτιμήσεις, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου στα πλαίσια ακολουθούμενης εμπορικής πολιτικής (ΣΤΕ ΕΑ 581/2008), είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 307/2007).

43. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, βάσει της λεκτικής διατύπωσης του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016, το έννομο συμφέρον δύναται να θεμελιωθεί και επί τη βάσει της ενδεχόμενης βλάβης, εφόσον, παρέχεται επαρκής τεκμηρίωση των λόγων που αποδεικνύουν με ενάργεια τον επικείμενο κίνδυνο, χωρίς να απαιτείται για την υποβολή προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, να συνιστά ο προσφεύγων συμμετέχοντα στο διαγωνισμό (βλ. απόφαση ΔΕΕ της 11<sup>ης</sup>-1-2005, C-26/03, *StadtHalle*, σκέψη 40).

44. 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).

45. Επειδή σε κάθε περίπτωση ελέγχεται αυτεπάγγελτα η συνδρομή των ουσιαστικών κριτηρίων του εννόμου συμφέροντος με βάση το κατά πόσο από το έγγραφο της προσφυγής και τα στοιχεία του φακέλου αποδεικνύεται η ύπαρξη του έννομου συμφέροντος. Δεν αρκεί, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται την ύπαρξη έννομου 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 Α.Ε., 2017). Υφίσταται, περαιτέρω, στα πλαίσια της μεν ακυρωτικής δίκης προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος, γεγονός που δεν καθιστά θεμιτή τη μεταγενέστερη προσαγωγή αποδεικτικών στοιχείων θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος (βλ. ΣΤΕ 1393/2003), στη δε διαδικασία εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής το έννομο συμφέρον θα πρέπει να προαποδεικνύεται με την άσκησή της.

46. Επειδή η προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος δεν καθιστά δυσχερή την πρόσβαση του ενδιαφερόμενου στο δικαστήριο ή εν γένει στην προσήκουσα παροχή έννομης προστασίας (άρθρο 20 παρ. 1 του Συντ. ) ούτε δημιουργεί (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, *Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017) αντίθεση προς το άρθρο 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ (ΣΤΕ 2980/2013). Μόνη, δε, εξαίρεση στην άνω αναφερθείσα υποχρέωση προαπόδειξης είναι να προκύπτει σαφώς και άνευ ουδεμίας αμφιβολίας από τις *ad hoc* ειδικές συνθήκες ότι θίγονται τα επαγγελματικά και οικονομικά συμφέροντα του προσφεύγοντος (ΣΤΕ 2521/2004).

47.Επειδή σε κάθε περίπτωση, 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, 7μελές), 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

48. Επειδή, τόσο η θεωρία όσο και η νομολογία δέχονται την εφαρμογή στην διοικητική δίκη του βάρους απόδειξης από αντικειμενική



άποψη (βάρος απόδειξης «υπό αντικειμενική έννοια»), δοθέντος ότι η εφαρμογή του έχει πάντοτε ως αφητηρία τη λειτουργία του κανόνα δικαίου. Το αντικειμενικό βάρος αποδείξεως δίνει διέξοδο όταν, παρά τη διεξαγωγή της αποδεικτικής διαδικασίας, παραμένουν αμφιβολίες ως προς την αλήθεια των πραγματικών περιστατικών, και συνεπώς κάποιος από τους διαδίκους πρέπει να φέρει τον κίνδυνο του *non liquet*, δηλαδή του γνωστικού αδιεξόδου του δικαστή. Δεδομένου, δε, ότι δικαστής (ο εφαρμοστής του δικαίου) δεν επιτρέπεται να αρνηθεί την έκδοση απόφασης, η δικαστική του διάγνωση στηρίζεται τότε στους κανόνες του αντικειμενικού βάρους αποδείξεως, εκδίδει δηλαδή μια απόφαση σύμφωνα με το βάρος αποδείξεως (*Beweislastentcheidung*). Οπότε η περίπτωση του *non liquet* εξομοιώνεται κατά πλάσμα δικαίου με την περίπτωση της μη αποδείξεως του ισχυρισμού (Δημήτριος Γ. Ράικος, «Τα γνωσιολογικά θεμέλια της απόφασης του διοικητικού δικαστή», Ανάπτυπο από το περιοδικό *Διοικητική Δίκη*, τόμος ΙΖ', τεύχος 3ο, 2015, Εκδόσεις Σάκκουλας, σελ. 583 επ.).

49. Επειδή με τον πρώτο λόγο της προσφυγής που αφορά στην ακύρωση της 6<sup>ης</sup> Τροποποίησης της Διακήρυξης (ως προς την τροποποίηση του όρου 1.3 της Διακήρυξης), η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η αναθέτουσα αρχή στην προσπάθειά της να συμμορφωθεί, ως όφειλε, στην απόφαση της ΑΕΠΠ όρισε ότι το δικαίωμα προαίρεσης για την παροχή από τον οικονομικό φορέα υπηρεσιών συντήρησης της λειτουργίας του συμβατικού εξοπλισμού κοστολογείται στο 10% της συμβατικής αξίας κατ' έτος = 28.000 ευρώ ανά έτος εντελώς αυθαίρετα, μη στηριζόμενη σε διάταξη νόμου, στοιχείο από την πρακτική της σχετικής αγοράς ή και από κάποιο τεχνικό και επιστημονικό δεδομένο και δεν τεκμηριώνει το προϋπολογιζόμενο κόστος από κάποια αντίστοιχη αξιόπιστη έρευνα αγοράς και, άρα, ο εν θέματι όρος είναι παράνομος. Αντίθετα, πρόκειται για μια εντελώς ασαφή κοστολόγηση για υπηρεσίες συντήρησης του οικείου εξοπλισμού με αποτέλεσμα να «*τίθενται εμπόδια και μη εύλογες προϋποθέσεις στη συγκρότηση των οικονομικών προσφορών και καθιστούν την όλη διαδικασία συμμετοχής στο διαγωνισμό αυθαίρετη*», να «*παρεμποδίζει την εταιρεία μας από το να συμμετάσχει στον διαγωνισμό υπό όρους σαφείς, διαφανείς και αναλογικούς*».

Σχετικά δε με τη συμπερίληψη της απώλειας λόγω εξαέρωσης του Υγρού Οξυγόνου στον προϋπολογισμό του κόστους συντήρησης, η προσφεύγουσα αναφέρει ότι είναι ομοίως αυθαίρετη διότι «ουδείς μπορεί να προβλέψει με ακρίβεια το ποσοστό των απωλειών όσο ορθή διαχείριση, συντήρηση και λειτουργία να πραγματοποιεί», ότι οι δεξαμενές υγρού οξυγόνου είναι ιδιοκτησίας του εκάστοτε προμηθευτή με «αντικειμενικό αποτέλεσμα ο ανάδοχος να μην είναι σε θέση να γνωρίζει την κατάσταση της κάθε δεξαμενής άρα και να προβλέψει/ ελέγξει/ διαχειριστεί/ περιορίσει τις όποιες απώλειες φυσικής εξαέρωσης» και ότι «δεν είναι δυνατόν η εταιρεία μας να αξιολογήσει τη δεδομένη χρονική στιγμή και να συνυπολογίσει το οικονομικό κόστος των όποιων απωλειών λόγω εξαέρωσης, μια και είναι αδύνατον να γνωρίζει ή να προβλέψει το κόστος προμήθειας υγρού οξυγόνου καθ' όλη τη 10ετή συμβατική περίοδο», αποκλείεται δε από τον διαγωνισμό διότι «δεν δύναται να αναλάβει τον μη εύλογο και μη δυνάμενο καν να προβλεφθεί σχετικό οικονομικό κίνδυνο, ή να συντάξει με σχετική ασφάλεια την προσφορά της για να μην έχει ζημίες στο μέλλον». Η προσφεύγουσα καταλήγει δε με τον ισχυρισμό ότι πέρα από αυθαίρετος, ο επίμαχος όρος παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας, της διαφάνειας και τις αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού και μη υπέρμετρου περιορισμού της οικονομικής ελευθερίας των οικονομικών φορέων και είναι αντίθετος στα άρθρα 18, 54 και 75 ν. 4412/2016.

Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της ισχυρίζεται ότι η προσφεύγουσα παραλείπει αφενός να αναφερθεί στην επάρκεια του προϋπολογισμού της διακήρυξης και αφετέρου το να τεκμηριώσει το πώς η κατάρτιση αυτού καθίσταται βλαπτική των συμφερόντων της δυσχεραίνοντας κατ' αυτόν τον τρόπο τη συμμετοχή της στη διαγωνιστική διαδικασία. Αναφέρει δε ότι οι ισχυρισμοί της είναι προδήλως αόριστοι και η προσφεύγουσα δεν τεκμηριώνει με ποιον τρόπο ο ως άνω όρος περί διαπραγμάτευσης καθίσταται βλαπτικός των συμφερόντων της και καθιστά κατά συνέπεια αδύνατη τη συμμετοχή της στην παρούσα διαγωνιστική διαδικασία.

50. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα δηλώνει με την προδικαστική προσφυγή της ότι έλαβε πραγματική γνώση της διακήρυξης του

## **Αριθμός απόφασης: 557/2019**

επίδικου διαγωνισμού του Νοσοκομείου Χανίων στις 20 Μαρτίου 2019 οπότε έλαβε ηλεκτρονική ειδοποίηση από τη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. αναφορικά με την 6η κατά σειρά τροποποίηση της Διακήρυξης 12/2018 της Αναθέτουσας Αρχής κατά της οποίας στρέφεται.

Η δε 6η Τροποποίηση με αριθμό πρωτοκόλλου 6344 τροποποιεί και αναιρεί την 5η κατά σειρά Τροποποίηση της ανωτέρω διακήρυξης με αριθ. πρωτ. 5109/28-02-2019 της Αναθέτουσας Αρχής.

51. Επειδή, όπως προκύπτει τόσο από τα στοιχεία του φακέλου όσο και από τον έλεγχο του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, η προσβαλλόμενη 6<sup>η</sup> Τροποποίηση της Διακήρυξης δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ (ΑΔΑΜ 19PROC004627219), αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και κοινοποιήθηκε ταυτόχρονα και μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» στις 18-03-2019.

Ωστόσο, η 5<sup>η</sup> Τροποποίηση της Διακήρυξης με την οποία συμμορφώθηκε η αναθέτουσα αρχή με την απόφαση 792,793,794/2018 της ΑΕΠΠ, ήτοι η τροποποίηση με την οποία τροποποιήθηκε το πρώτον ο όρος 1.3 της επίμαχης Διακήρυξης, δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ (ΑΔΑΜ 19PROC004542264), αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και κοινοποιήθηκε ταυτόχρονα και μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» την 1-03-2018.

Η δε προσβαλλόμενη 6<sup>η</sup> Τροποποίηση επήλθε διότι, όπως αναφέρει και η προσφεύγουσα στην προσφυγή της, είχε εμφιλοχωρήσει σφάλμα εκ παραδρομής, σχετικά με τη διάρκεια της εγγύησης. Εξάλλου, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας σχετικά με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της, ήτοι κατά του νέου όρου 1.3 της επίμαχης Διακήρυξης αφορά στις τροποποιήσεις που επήλθαν με την 5<sup>η</sup> Τροποποίηση και όχι με την 6<sup>η</sup> Τροποποίηση που αφορά στη διάρκεια της εγγύησης.

Επομένως, δυνάμει του οικείου κανονιστικού πλαισίου, προκύπτει αβίαστα ότι από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ (η οποία, εξάλλου, συμπίπτει χρονικά και με την ανάρτηση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού) της 5<sup>ης</sup> Τροποποίησης της επίμαχης Διακήρυξης, δημιουργείται νομίμως το έρεισμα της πραγματικής γνώσης του εν θέματι όρου και των πλημμελειών αυτού που επικαλείται η προσφεύγουσα με την υπό εξέταση προσφυγή που συνιστά την

## Αριθμός απόφασης: 557/2019

εκκίνηση της αποκλειστικής δεκαήμερης προθεσμίας για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής. Επομένως, η προθεσμία για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής κατά του νέου όρου που επήλθε στη γνώση της προσφεύγουσας ήδη την 1<sup>η</sup>-03-2019, εξέπνευσε στις 12-3-2019, ημέρα Τρίτη (λόγω λήξης της προθεσμίας στις 11-3-2019, αργία της Καθαράς Δευτέρας και άρα εξαιρετέας). Η, δε, προσβαλλόμενη 6<sup>η</sup> Τροποποίηση δεν επιφέρει μεταβολές που αφορούν στις προβαλλόμενες με την υπό εξέταση προσφυγή αιτιάσεις της προσφεύγουσας. Ως εκ τούτου, ως προς τον πρώτο λόγο, η υπό εξέταση προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως εκπρόθεσμη καθόσον ασκήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ στις 28-3-2019, ήτοι 27 μέρες μετά την πλήρη γνώση από την προσφεύγουσα του νέου όρου 1.3 κατά το μέρος που, ως ισχυρίζεται, την πλήττει.

52. Επειδή, όλως επικουρικώς, ακόμα και αν ήθελε υποτεθεί ότι εμπροθέσμως προσβάλλεται η 6<sup>η</sup> Τροποποίηση της επίμαχης Διακήρυξης, η προσφεύγουσα, προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντός της αναφέρει ότι δραστηριοποιείται εδώ και αρκετά χρόνια στον Ελλαδικό χώρο στους τομείς της προμήθειας, εγκατάστασης, λειτουργίας και συντήρησης εξοπλισμού, όπως συστήματα φιλτραρίσματος διεργασιών φαρμακευτικής και χημικής βιομηχανίας, βιομηχανίας τροφίμων και ποτών, καθώς και συστήματα παραγωγής και διανομής αερίων για βιομηχανική, φαρμακευτική και ιατρική χρήση και έχει εγκαταστήσει, λειτουργεί και συντηρεί με συνέπεια εδώ και αρκετά έτη μεταξύ άλλων και συγκροτήματα παραγωγής οξυγόνου 93% (ήτοι συστήματα τροφοδοσίας οξυγόνου με μονάδα παραγωγής οξυγόνου για ιατρική χρήση, ανάλογα με αυτό που αποτελεί αντικείμενο του παρόντος διαγωνισμού στον οποίο επιθυμεί να συμμετάσχει αλλά δεν δύναται) σε διάφορα νοσοκομειακά ιδρύματα. Επίσης, αορίστως αναφέρεται στην αδυναμία της να υπολογίσει και να συντάξει την οικονομική της προσφορά διότι δεν επικαλείται και δεν αποδεικνύει κατά ποίον τρόπο το ποσοστό του 10% κατ' έτος την εμποδίζει να συντάξει την οικονομική της προσφορά, δεν επικαλείται και δεν αποδεικνύει εάν το πραγματικό κόστος είναι μικρότερο και σε ποιο βαθμό, ποία η βλάβη της από τη συμπερίληψη της απώλειας λόγω εξαέρωσης του Υγρού Οξυγόνου στο ως άνω ποσοστό όταν το ποσοστό αυτό είναι ορισμένο από την αναθέτουσα αρχή, ενώ δεν προσκομίζει στοιχεία που

## Αριθμός απόφασης: 557/2019

να αποδεικνύει ότι οι απώλειες φυσικής εξαέρωσης θα είναι υψηλές σε βάθος χρόνου ώστε να μην μπορούν να προβλεφθούν από την ίδια κατά τη σύνταξη της οικονομικής της προσφοράς. Επομένως, σε κάθε περίπτωση, ο πρώτος λόγος της προσφυγής που αφορά στον όρο 1.3 της επίμαχης διακήρυξης πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτος λόγω αοριστίας, άλλως ως άνευ εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενος, άλλως ως αναπόδεικτος (βλ. σκ. 36-47).

Η δε επίκληση της απόφασης ΑΕΠΠ 810/2018 προβάλλεται αλυσιτελώς καθώς αφορά σε διαφορετικά πραγματικά και νομικά δεδομένα δοθέντος ότι εκδόθηκε στο πλαίσιο έτερης, αυτοτελούς διαγωνιστικής διαδικασίας (ΔΕΦΑΘ 108/2019 σκ.9. βλ. και ΕΑ ΣΤΕ 269/2014, 416/2013, 215/2013, 769/2011).

53. Επειδή οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι η αναθέτουσα αρχή δεν τεκμηριώνει πώς προκύπτει το ποσό που έχει υπολογίσει για τη συντήρηση των υπό προμήθεια ειδών πρέπει να απορριφθούν ως απαράδεκτως προβαλλόμενοι δοθέντος του ότι η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη και οι όροι της, εκ του νόμου, δεν χρήζουν αιτιολογίας, σε αντίθεση με τις ατομικές διοικητικές πράξεις (βλ. Ε. Π. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟΣ, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Τόμος 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 15<sup>η</sup> έκδ., σελ. 158, αρ. 167). Εξάλλου, αφενός μεν η αναθέτουσα αρχή διαθέτει ευρεία διακριτική ευχέρεια κατά τη σύνταξη των όρων της Διακήρυξης αφετέρου δε, εν προκειμένω, η τροποποίηση του επίμαχου όρου έλαβε χώρα προς συμμόρφωση της αναθέτουσας αρχής σε απόφαση της ΑΕΠΠ και σύμφωνα με το σκεπτικό αυτής, ήτοι κατά την άσκηση δέσμιας αρμοδιότητας της αναθέτουσας αρχής.

54. Επειδή, δεδομένου ότι το βάρος απόδειξης των ισχυρισμών της φέρει η προσφεύγουσα, δεν προκύπτει, σύμφωνα με τα ως άνω διαλαμβανόμενα, ή από κάποιο νομίμως επικαλούμενο στοιχείο, συγκεκριμένη βλάβη της προσφεύγουσας από τον προσβαλλόμενο όρο ούτε αποδεικνύεται ότι εμποδίζεται ή καθίσταται δυσχερής η συμμετοχή της στο διαγωνισμό εξαιτίας του επίμαχου όρου (βλ. σκ. 48).

55. Επειδή, με την υπό εξέταση προσφυγή η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι είναι επίσης ακυρωτές τεχνικές προδιαγραφές/όροι του

## Αριθμός απόφασης: 557/2019

Παραρτήματος II (Τεχνικές Προδιαγραφές) της διακήρυξης που αφορούν: α) την απαίτηση το αυτόματο κέντρο προτεραιότητας πηγών οξυγόνου να φέρει πιστοποίηση CE ιατροτεχνολογικού προϊόντος (σελ.46 διακήρυξης), β) τις απαιτήσεις ότι ο υποψήφιος ανάδοχος θα πρέπει να προσφέρει και να εγγυηθεί μεταξύ άλλων και θερμοκρασία λειτουργίας της γραμμής παραγωγής αερίου οξυγόνου μεταξύ 0 έως +45 °C, ότι ο συμπιεστής θα είναι κατάλληλος για υψηλές θερμοκρασίες περιβάλλοντος πλέον των 45°C και ότι η max θερμοκρασία εισερχόμενου αέρα θα είναι 50 °C κατ' ελάχιστον για το ξηραντήριο ψυκτικού τύπου και η μέγιστη θερμοκρασία περιβάλλοντος 45°C κατ' ελάχιστο (σελ. 40-41), γ) την απαίτηση να παραδοθεί από τον ανάδοχο σύστημα ελέγχου, συναγερμών και τηλεπιτήρησης, μέσω του οποίου θα παρακολουθείται μεταξύ άλλων και η πίεση και στάθμη δεξαμενής υγρού O<sub>2</sub> (σελ.46), δ) την απαίτηση τυχόν εργασίες τροποποίησης του χώρου εγκατάστασης καθώς επίσης και η έκδοση τυχόν αδειοδοτήσεων θα γίνουν με ευθύνη του Αναδόχου σε συνδυασμό με την κύρωση ότι σε περίπτωση υπέρβασης του χρόνου παραλαβής ή μη παραλαβής, τα έξοδα λειτουργίας της υφιστάμενης εγκατάστασης (προμήθεια οξυγόνου κλπ) μέχρι να παραληφθεί η νέα εγκατάσταση τα αναλαμβάνει ο Ανάδοχος (σελ.47 και 56) ε) την απαίτηση ο ανάδοχος να αναλάβει και δηλώσει υπεύθυνα ότι στο κόστος συντήρησης περιλαμβάνονται όλα τα κόστη εργασιών και υλικών – ανταλλακτικών προληπτικής ή και έκτακτης συντήρησης (σελ.38 και 52), στ) την απαίτηση ο υποψήφιος ανάδοχος να πρέπει να εγγυηθεί την Μέση Ενεργειακή Κατανάλωση για 10 έτη, με ρήτρα χρέωσης της πιθανής υπέρβασης (σελ.51), ζ) τις απαιτήσεις ο ανάδοχος να εγγυάται την πλήρη και αδιάλειπτη παραγωγή της προσφερεθείσας ποσότητας και ποιότητας οξυγόνου στο νοσοκομείο και ο ανάδοχος να χρεώνεται υπό τη μορφή ποινής τη χρεούμενη ποσότητα που θα υπερβαίνει το 0,3% των συνολικών ετησίων παραλαβών, η) την απαίτηση ότι σε περίπτωση που η καθαρότητα του οξυγόνου υπερβεί τα επιθυμητά όρια, πρέπει να υπάρχει ένδειξη εάν η υπέρβαση προέρχεται είτε από μεγαλύτερη παραγωγή οξυγόνου από τα ονομαστικά δεδομένα της γεννήτριας, είτε από φθορά του προσροφητικού υλικού (σελ. 45 διακήρυξης).

Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της αναφέρει ότι με τη διάταξη του άρθρου 3.4. («Προδικαστικές Προσφυγές- Προσωρινή Δικαστική Προστασία») ενημέρωσε πλήρως τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς ως προς το δικαίωμα και τους όρους άσκησης της Προδικαστικής Προσφυγής. Συνεπώς, οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς ήταν πλήρως ενημερωμένοι σχετικά με τους κανόνες που διέπουν την διαδικασία Προσωρινής Δικαστικής Προστασίας στα πλαίσια της παρούσας διαγωνιστικής διαδικασίας και ότι η προσφεύγουσα έχει ήδη προσφύγει κατά τεχνικών προδιαγραφών της εν θέματι διακήρυξης μόλις έλαβε γνώση αυτής και στη νόμιμη προθεσμία και ότι η προσβαλλόμενη επέφερε τροποποίηση αποκλειστικά και μόνο στον συνολικό προϋπολογισμό της διακήρυξης προς συμμόρφωση με την ως άνω απόφαση της ΑΕΠΠ, ενώ οι τεχνικές προδιαγραφές παρέμειναν αυτούσιες και, επομένως, απαραδέκτως, εκπροθέσμως και καταχρηστικώς η προσφεύγουσα στρέφεται κατά των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης με την υπό εξέταση προσφυγή.

56. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, με την υπ' αριθμ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ 766/08-08-2018 προσφυγή της, η προσφεύγουσα προέβαλε ακριβώς τις ίδιες αιτιάσεις (σελ. 5 της πρώτης προσφυγής) με τις υπό στ. α)-η) της υπό εξέταση προσφυγής (σελ. 6 της υπό εξέταση προσφυγής).

57. Επειδή, όπως ρητώς και σαφώς προκύπτει από την με αριθ. 792,793,794/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ (6ο Κλιμάκιο) επί της προηγούμενης προσφυγής της προσφεύγουσας, οι εν λόγω αιτιάσεις επί των τεχνικών προδιαγραφών της Διακήρυξης έχουν ήδη κριθεί και απορριφθεί ως αβάσιμες και αναπόδεικτες (βλ. σκέψη 31 της απόφασης ΑΕΠΠ 792,793,794/2018).

58. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, πλην της τροποποίησης του όρου 1.3 της Διακήρυξης προς συμμόρφωση στην ως άνω απόφαση της ΑΕΠΠ, οι λοιποί όροι της Διακήρυξης και, συγκεκριμένα, οι τεχνικές προδιαγραφές δεν έχουν τροποποιηθεί ούτε με πρωτοβουλία της αναθέτουσας αρχής ούτε δυνάμει απόφασης της ΑΕΠΠ ή δικαστικής απόφασης, ως βασίμως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή.

59. Επειδή με την υπό εξέταση προσφυγή η προσφεύγουσα εμμέσως στρέφεται και κατά του διατακτικού της απόφασης της ΑΕΠΠ με την οποία

## Αριθμός απόφασης: 557/2019

είχε απορριφθεί η προσφυγή της σε σχέση με τις επίμαχες τεχνικές προδιαγραφές και η οποία δεσμεύει και την ίδια την ΑΕΠΠ (με εξαίρεση την περίπτωση που μεσολαβήσει μεταβολή του κρίσιμου καθεστώτος στο οποίο βασίστηκε η εκάστοτε απόφαση, βλ. ΕΑ ΣΤΕ 54/2018).

60. Επειδή, σύμφωνα με τα ως άνω διαλαμβανόμενα, αφενός οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν κατά δέσμια αρμοδιότητα να συμμορφώνονται με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ και αφετέρου ότι η ίδια η ΑΕΠΠ δεσμεύεται από τις αποφάσεις της με εξαίρεση την περίπτωση που μεσολαβήσει μεταβολή του κρίσιμου καθεστώτος στο οποίο βασίστηκε η εκάστοτε απόφαση (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 54/2018), σε συνδυασμό με τον κανόνα της άπαξ ασκήσεως προδικαστικής προσφυγής, δεν ασκείται παραδεκτώς προδικαστική προσφυγή προς αμφισβήτηση του σκεπτικού ή του διατακτικού αποφάσεως της ΑΕΠΠ. Εξάλλου, η έννομη προστασία παρέχεται από την ΑΕΠΠ άπαξ και παρέχεται η δυνατότητα δικαστικής προσβολής της ορθότητας των αποφάσεών της, των συναφών προγενέστερων ή μεταγενέστερων πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής νοούντων ως συμπροσβαλλομένων, ήτοι συμπεριλαμβανομένων και των πράξεων που εκδόθηκαν προς συμμόρφωση στις αποφάσεις αυτές οι οποίες αποτελούν και το νόμιμο έρεισμά τους. Ως έχει δε κριθεί, είναι απαράδεκτη δεύτερη προδικαστική προσφυγή ακόμα και αν προβάλλει αιτιάσεις που αφορούν ζητήματα διαφορετικά από αυτά που τέθηκαν με την πρώτη (ΣΤΕ ΕΑ 181, 228/1998, 53/1999, 15/2000, 92/2001, 375/2005, 1092/2006, 526, 1027/2008, 236/2010), συνεπάγεται δε ακόμα και το απαράδεκτο της κατόπιν αυτή αιτήσεως αναστολής (ΣΤΕ ΕΑ 375, 1054/2005, 25, 599, 1092/2006, 526, 575, 1027/2008, 110/2009).

61. Επειδή, όπως ρητά προβλέπεται στο άρθρο 367 παρ. 4 του Ν.4412/2016, οι αποφάσεις της ΑΕΠΠ προσβάλλονται μόνο ενώπιον των Δικαστηρίων καθώς σαφώς κατά τον νόμο *«υπόκεινται αποκλειστικά στα ένδικα βοηθήματα που προβλέπονται στον Τίτλο 3 του παρόντος Βιβλίου»*, αποκλεισμένης συνεπώς της εξέτασης με νέα προδικαστική προσφυγή συγκεκριμένου ισχυρισμού και λόγου που έχει ήδη κριθεί με προγενεστέρως εκδοθείσα απόφαση της ΑΕΠΠ επί προηγούμενης προδικαστικής προσφυγής ενώπιόν της. Επομένως, εφόσον η προσφεύγουσα ήθελε να αμφισβητήσει



## **Αριθμός απόφασης: 557/2019**

την με αριθ. 792,793,794/2018 προγενέστερη απόφαση της ΑΕΠΠ, όφειλε όπως ασκήσει σχετική αίτηση αναστολής ή αίτηση ακυρώσεως κατ' αυτής ενώπιον του αρμοδίου διοικητικού δικαστηρίου κατ' άρθρον 372 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

62. Επειδή, σύμφωνα με τα ανωτέρω, δεν δύναται να θεωρηθεί ότι η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή υποβλήθηκε παραδεκτώς, χωρίς να θίγεται η αρχή της νομιμότητας (πρβλ. κατ' αναλογία ΣτΕ (Ασφ) 106/2014). Επομένως, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη και ως προς τις αιτιάσεις α)-η) επί των τεχνικών προδιαγραφών της Διακήρυξης.

63.Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

64. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

65. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 Ν.4412/2016).

### **Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 3 Μαΐου 2019 και εκδόθηκε στις 23 Μαΐου 2019 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

**Η Πρόεδρος**

**ΜΑΡΓΑΡΙΤΑ Χ. ΚΑΝΑΒΑ**

**Ο Γραμματέας**

**ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΛΙΑΚΑΤΣΙΔΑΣ**