

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 19 Μαρτίου 2021, με την εξής σύνθεση: Νικόλαος Σαββίδης, Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου και Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Μέλη, δυνάμει της με αρ. 364/2021 Πράξης Προέδρου του Κλιμακίου

Για να εξετάσει την Προδικαστική Προσφυγή του άρθρου 360 του ν. 4412/2016, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 317/10-02-2021 της ομόρρυθμης εταιρείας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στον ..., επί της οδού ..., αρ. ..., νόμιμα εκπροσωπούμενης

Κατά του νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου με την επωνυμία «...(...)», που εδρεύει στην ..., επί της οδού ..., αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την κρινόμενη προσφυγή ζητείται να ακυρωθεί η υπό στοιχεία ΦΓ ...και με αριθμό πρωτ. ...διακήρυξη ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού του καθ' ου Φορέα για την ανάδειξη αναδόχου για την προμήθεια αναλωσίμων εκτυπωτών (μελανοταινιών, μελανιών, γραφитών και τυμπάνων) για κάλυψη των αναγκών της Κεντρικής Υπηρεσίας του ... και άλλων οργανικών μονάδων του νομού ... που δεν υπάγονται στην αρμοδιότητα της ..., καθώς και της κεντρικής Υπηρεσίας του ..., για το έτος 2021, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει τιμής (για το κάθε είδος), συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 719.375,30 ευρώ, πλέον ΦΠΑ 24%, και δη ως προς τα είδη υπό α/α ...για τους λόγους που αναπτύσσονται στην προσφυγή.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο και αποφάσισε τα εξής

Αριθμός απόφασης: 655 / 2021

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ...), ποσού 600,00€, το οποίο αποτελεί το κατώτερο ποσό καταβαλλόμενου παραβόλου, σύμφωνα με τις συνδυασμένες διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 και 2 του π.δ. 39/2017, δοθέντος ότι το ποσό που αναλογεί σε ποσοστό 0,5% της συνολικής χωρίς ΦΠΑ προϋπολογισθείσας αξίας των ειδών της σύμβασης, σχετικά με τα οποία ασκείται η προσφυγή (119.922,20€) υπολείπεται των 600,00€.

2. Επειδή, η κρινόμενη προσφυγή ανατέθηκε στο 2^ο Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ με το από 10-02-2020 ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της Αρχής.

3. Επειδή, ο ...(...) (στο εξής καλούμενος στην παρούσα «...» ή «αναθέτουσα αρχή»), με την υπό στοιχεία ΦΓ ...και με αριθμό πρωτ. ...διακήρυξη του προκήρυξε ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων την ανάδειξη αναδόχου για την προμήθεια αναλωσίμων εκτυπωτών (μελανοταινιών, μελανιών, γραφιών και τυμπάνων) για κάλυψη των αναγκών της Κεντρικής Υπηρεσίας του ... και άλλων οργανικών μονάδων του νομού ... που δεν υπάγονται στην αρμοδιότητα της, καθώς και της κεντρικής Υπηρεσίας του ..., για το έτος 2021, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει τιμής (για το κάθε είδος), συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 719.375,30 ευρώ, πλέον ΦΠΑ 24% (στο εξής «διαγωνισμός»). Στο αντικείμενο της προμήθειας περιλαμβάνονται διακόσια ένα (201) συνολικά είδη, που συνιστούν ισάριθμα (201) τμήματα στα οποία υποδιαιρείται αυτή, εκ των οποίων τα εκατόν ενενήντα δύο (192) αφορούν στην προμήθεια γνήσιων αναλωσίμων και τα εννέα (9) στην προμήθεια συμβατών. Το σύνολο των ζητούμενων κατά τα ανωτέρω ειδών της προμήθειας κατατάσσονται στους κάτωθι κωδικούς CPV: ...«Τόνερ για εκτυπωτές λέιζερ/συσκευές τηλεομοιοτυπίας» - ...«Τόνερ για φωτοαντιγραφικές μηχανές» - ...«Μελανοταινίες εκτυπωτών» - ...«Φύσιγγες μελάνης» - ...«Φύσιγγες σκόνης τόνερ» - ...«Κύλινδροι για μηχανήματα γραφείου» - ...«Μέρη και εξαρτήματα φωτοαντιγραφικών συσκευών» - ...«Μέρη και εξαρτήματα μηχανών γραφείου», σύμφωνα δε με το παράρτημα ... Μέρος ...της διακήρυξης, «Οι υποψήφιοι συμμετέχοντες μπορούν να καταθέσουν προσφορά για ένα ή και για

Αριθμός απόφασης: 655 / 2021

περισσότερα από τα είδη (τμήματα) που επιθυμούν ή και για το σύνολο των ειδών (τμημάτων) και μόνο για το σύνολο της ζητούμενης ποσότητας του αντίστοιχου είδους». Η διακήρυξη του διαγωνισμού αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 15-01-2021 με Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (ΑΔΑΜ) ..., ο δε διαγωνισμός διεξάγεται μέσω της διαδικτυακής πύλης του ΕΣΗΔΗΣ, υπό το συστημικό αριθμό Στη διακήρυξη του διαγωνισμού, τέλος, ορίστηκε ότι η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών είναι η 15^η Φεβρουαρίου 2021, ενώ η ημερομηνία αποσφράγισής τους η 19^η Φεβρουαρίου 2021, η οποία όμως (η αποσφράγισή τους δηλαδή), με το με αριθμό πρωτ. ...έγγραφο του Διοικητή του ... αναβλήθηκε μέχρι νεοτέρας ενημέρωσης προς τούτο η οποία δεν έχει εισέτι λάβει χώρα. Στο μεταξύ, όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού ως την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών είχαν ήδη υποβληθεί προσφορές από πέντε (5) οικονομικούς φορείς. Κατά της διακήρυξης του ως άνω διαγωνισμού στρέφεται η προσφεύγουσα και δη κατά το μέρος που ως προς τα είδη υπό α/α ... δεν προβλέπεται η δυνατότητα υποβολής προσφοράς για (ισοδύναμα) συμβατά ή / και ανακατασκευασμένα αναλώσιμα εκτυπωτών, για τους λόγους και με τους ειδικούς ισχυρισμούς που αναπτύσσονται στην κρινόμενη προσφυγή της.

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικείμενου του (προμήθεια), της συνολικής χωρίς ΦΠΑ εκτιμώμενης αξίας των υπό προμήθεια ειδών της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, (719.375,30 €) και της νομικής φύσης του Φορέα που διενεργεί το διαγωνισμό ως νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου που αποτελεί μη κεντρική αναθέτουσα αρχή ανήκουσα στη Γενική κυβέρνηση, που συστάθηκε με το ν. 4387/16 (Α' 85) όπως τροποποιήθηκε, συμπληρώθηκε και ισχύει, κύρια δραστηριότητα του οποίου είναι η Κοινωνική Ασφάλιση, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, υπάγεται όμως και στις διατάξεις του ν. 4412/2016 και δη του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, και λαμβανομένου υπόψη και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (αποστολή για δημοσίευση προκήρυξης του έργου στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 12-01-2021), η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1

Αριθμός απόφασης: 655 / 2021

και την παρ. 7 του άρθρου 379 του νόμου αυτού, όπως ισχύουν, η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

5. Επειδή, η προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του π.δ. 39/2017, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 αυτού και την παρ. 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016, είναι δε και εμπρόθεσμη, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ' του π.δ. 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ' του ν. 4412/2016, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 15-01-2021 και η προσφυγή ασκήθηκε στις 09-02-2021.

6. Επειδή, κατά τα διαλαμβανόμενα στην προσφυγή, η προσφεύγουσα δραστηριοποιείται, μεταξύ άλλων, στην εμπορία και διάθεση περιφερειακού εξοπλισμού Η/Υ, αναλωσίμων εκτυπωτών (μελανιών, τόνερ, μελανοταινιών κ.λπ.), καθώς και στη σχεδίαση, κατασκευή, ανακατασκευή, αναγόμωση, συλλογή, μεταφορά και ανακύκλωση τέτοιων προϊόντων, ενδιαφέρεται δε να συμμετάσχει στον διαγωνισμό και δη, ως προς τα είδη υπό α/α ... της σύμβασης. Παρόλο, λοιπόν, που στο πλαίσιο της επαγγελματικής της δραστηριότητας επιθυμεί να συμμετάσχει στον επίμαχο διαγωνισμό και «διαθέτει την απαιτούμενη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, εξειδίκευση και εμπειρία, καθώς και την αναγκαία οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, επιπροσθέτως δε, είναι κατάλληλα πιστοποιημένη για την άσκηση της σχετικής δραστηριότητας, καλύπτοντας συνάμα με απόλυτη επάρκεια τα κριτήρια επιλογής που έχουν οριστεί με τη διακήρυξη του διαγωνισμού», ωστόσο προβάλλει ότι στη διακήρυξη έχουν περιληφθεί τεχνικές απαιτήσεις που πάσχουν από ουσιώδεις πλημμέλειες και τελούν σε αντίθεση προς τις αρχές της ίσης μεταχείρισης, του ανταγωνισμού αλλά και της χρηστής δημοσιονομικής διαχείρισης, καθιστώντας αδύνατη και, πάντως, εξαιρετικά δυσχερή την υποβολή προσφοράς από μέρους της, ενόψει ιδίως του ότι, όσον αφορά τα είδη υπό α/α ...- ... (επομένως και τα ειδικώς κατονομαζόμενα ανωτέρω αναλώσιμα, ως προς τα οποία ενδιαφέρεται να συμμετάσχει) εισάγεται μέσω αυτών αδικαιολόγητος περιορισμός, καθώς απαγορεύεται η προσφορά συμβατών ή και ανακατασκευασμένων γνήσιων αναλωσίμων και παρέχεται η δυνατότητα συμμετοχής μόνον για «γνήσια πρωτότυπα» αναλώσιμα, δηλαδή για προϊόντα

Αριθμός απόφασης: 655 / 2021

που παράγονται και διατίθενται στην αγορά από τις εταιρείες κατασκευής – και μόνον – των αντίστοιχων τύπων μηχανημάτων. Κατά συνέπεια, η προσφεύγουσα θεμελιώνει γενικό έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, να βάλει κατά της προσβαλλόμενης διακήρυξης.

7. Επειδή, ειδικότερα η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι με τη διάκριση των ειδών της σύμβασης σε γνήσια πρωτότυπα και σε (ισοδύναμα) συμβατά αναλώσιμα, ιδίως δε με τις προδιαγραφές «2. Τα αναλώσιμα να είναι γνήσια πρωτότυπα. 3. Τα αναλώσιμα να μην είναι ανακατασκευασμένα (remanufactured) ή αναγομωμένα (refilled)» που αφορούν στα πρώτα όπως αναφέρονται στις προδιαγραφές του Πίνακα Α που αφορά στα είδη με α/α ..., παρότι μπορούν να χρησιμοποιηθούν και συμβατά αναλώσιμα (ή και ανακατασκευασμένα), ως επίσης κατάλληλα, περιορίζεται αδικαιολόγητα ο κύκλος των δυνάμενων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό οικονομικών φορέων και εμποδίζεται η ανάπτυξη υγιούς, ανόθευτου και ελεύθερου ανταγωνισμού ως προς τα είδη αυτά, προσδιορίζονται τα προϊόντα των συγκεκριμένων και μόνον κατασκευαστών, οι οποίοι κατασκευάζουν και τα μηχανήματα για τα οποία προορίζονται να χρησιμοποιηθούν τα υπό προμήθεια αναλώσιμα, κατά μείζονα δε λόγο αποκλείεται η δυνατότητα υποβολής προσφοράς για γνήσια ανακατασκευασμένα αναλώσιμα, ακόμη και εάν αυτά προσφέρονται από οικονομικούς φορείς οι οποίοι διαθέτουν τις απαιτούμενες πιστοποιήσεις και επομένως πρόκειται για προϊόντα απολύτως κατάλληλα για τη χρήση για την οποία προορίζονται. Η προσφεύγουσα, εξάλλου, προβάλλει ότι η ως άνω διάκριση και ο συνακόλουθος περιορισμός δε δικαιολογείται όχι μόνον υπό αμιγώς τεχνικούς όρους, αλλά και υπό το πρίσμα της μη τήρησης της αρχής της χρηστής δημοσιονομικής διαχείρισης, αντιβαίνει και προς τις υπερνομοθετικής ισχύος διατάξεις της Οδηγίας 19/2012/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, αναφορικά με την πρόκριση της ανακατασκευής, ανακύκλωσης και επαναχρησιμοποίησης αναλωσίμων υλικών, εν πάση δε περιπτώσει, ότι τα ζητούμενα αποτελέσματα για την αναθέτουσα αρχή θα μπορούσαν να επιτευχθούν με τον προσδιορισμό κατάλληλων τεχνικών προδιαγραφών και πιστοποιήσεων διασφάλισης ποιότητας που θα μπορούσαν να καλύψουν τα ισοδύναμα συμβατά ή / και ανακατασκευασμένα αναλώσιμα.

Αριθμός απόφασης: 655 / 2021

8. Επειδή, εξάλλου, ο ... στις 19-02-2021 κοινοποίησε στην ΑΕΠΠ το με αρ. πρωτ. ...έγγραφο της Προϊσταμένης της Γενικής Διεύθυνσης Διοικητικής Υποστήριξης, Τεχνικών Υπηρεσιών και Στέγασής του, με το οποίο κοινοποιεί τις απόψεις του επί της προσφυγής, στις οποίες για τους λόγους που σε αυτές αναπτύσσονται ζητεί την απόρριψη της.

9. Επειδή, τέλος, η προσφεύγουσα μέχρι την εξέταση της κρινόμενης προσφυγής δεν κοινοποίησε στην ΑΕΠΠ Υπόμνημα προς αντίκρουση των απόψεων του ..., όπως είχε δικαίωμα κατά τους όρους του τελευταίου εδαφίου της πρώτης παρ. του άρ. 365 του ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει.

10. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 18 παρ. 1 του ν. 4412/2016, που διέπει τον διαγωνισμό, «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης και λαμβάνουν τα απαραίτητα μέτρα, ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος βιβλίου (άρθρα 222 έως 338) 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», ενώ το άρθρο 53 παρ. 2 περ. ια΄ του ν. 4412/2016 με τίτλο «Περιεχόμενο των εγγράφων της σύμβασης» ορίζει ότι: «Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. [...]. Τα έγγραφα της σύμβασης, πλην της προκήρυξης σύμβασης του άρθρου 63 και της προκαταρκτικής προκήρυξης του άρθρου 62 σε περίπτωση που χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης του διαγωνισμού, περιέχουν ιδίως: [...] ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της

Αριθμός απόφασης: 655 / 2021

εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης [...] ιη) όλους τους ειδικούς και γενικούς όρους για την εκτέλεση της σύμβασης, ιδίως δε την υποχρέωση της παρ. 2 του άρθρου 18 και τους όρους πληρωμής [...]». Εξάλλου, στο άρθρο 54 (Τεχνικές προδιαγραφές (άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του ίδιου ως άνω νόμου , ορίζεται 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. ... 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. ... 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». ...».

11. Επειδή, οι κανονιστικές πράξεις δεν έχουν ανάγκη αιτιολογίας (βλ. ΣΤΕ 1463/2015, 2929/2016), εκτός εάν η αιτιολόγηση απαιτείται ρητά από το νόμο ή αυτό προκύπτει σαφώς (ΣΤΕ 3915/1988, 2465/1993, 2230/2000), όπως στην περίπτωση που η έκδοση της πράξης επιτρέπεται ή επιβάλλεται όταν

Αριθμός απόφασης: 655 / 2021

συντρέχουν ορισμένες προϋποθέσεις που καθορίζει η εξουσιοδοτική διάταξη. Ετέρωθεν και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές ελέγχονται από την άποψη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣΤΕ 189/2015, ΕΑ ΣΤΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.), σε κάθε δε περίπτωση θα πρέπει να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και να μην εισάγουν αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, υπό την έννοια ότι οφείλουν να αποφεύγουν διατάξεις που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, μέσω της ενσωμάτωσης σε αυτή χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου, ούτε να συνεπάγονται αδικαιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη του ανταγωνισμού (βλ. ΕΛΣυν 2402/2010).

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

13. Επειδή, εξάλλου, η θέσπιση, με τη διακήρυξη, των προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες, για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού, εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή σε αυτόν των υποψήφιων αναδόχων δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων. Δεν αποκλείεται, δε, ένας τέτοιος περιορισμός, ως εκ των απαιτήσεων συγκεκριμένων προδιαγραφών, αν μόνον αυτές οι συγκεκριμένες προδιαγραφές εξυπηρετούν αποτελεσματικά τις ανάγκες για την κάλυψη των οποίων τίθενται (ΣΤΕ 1105/2010, πρβλ. ΣΤΕ. 365/2007, Ε.Α. ΣΤΕ 267/2008). Επομένως, ο έλεγχος του συννόμου των ελαχίστων τεχνικών προδιαγραφών και των κριτηρίων επιλογής, θα πρέπει να συνεκτιμά τα ανωτέρω και μάλιστα να λαμβάνει υπόψη με ιδιαίτερη σοβαρότητα την ανά περίπτωση αιτιολογία που η αναθέτουσα παρέχει σχετικά με την καταλληλότητα και εν γένει διευκόλυνση που επιτυγχάνεται από συγκεκριμένους σχετικούς όρους. Τούτο δεν σημαίνει, ότι η αναθέτουσα δύναται να αποκλείει τον ανταγωνισμό θεσπίζοντας κατά το δοκούν επί ποινή αποκλεισμού απαιτήσεις, αλλά ότι το αναγκαίο αυτών ερμηνεύεται και υπό την οπτική της χρηστικότητας και καταλληλότητας και ούτως η διάκριση μεταξύ επιθυμητού και αναγκαίου αυτονόητα στενεύει.

14. Επειδή, τέλος, βάσιμα υποστηρίζεται ότι δεν μπορεί επιβληθεί στην αναθέτουσα αρχή η υποχρέωση να καθορίσει τα κριτήρια για την ανάθεση μιας σύμβασης με βάση τους δυνητικούς προσφέροντες, διότι θα έπρεπε στην περίπτωση αυτή να καθορίζει ποια είναι τα κριτήρια τα οποία μπορεί να πληροί μόνον ένας προσφέρων και να τα αποσύρει από το σχέδιο της προσκλήσεως για την υποβολή προσφορών, αντιμετωπίζοντας όμως το ενδεχόμενο ένας προσφέρων να είναι σε θέση να πληροί ένα κριτήριο, και ένας άλλος να μπορεί να πληροί ένα άλλο (πρβλ. ΔΕΕ, C-513/99, Concordia Bus Finland, Απόψεις του Γενικού Εισαγγελέα Jean Mischo, παρ. 153). Κατά συνέπεια, θεμιτά και νόμιμα δεν μπορεί να αποκλειστεί ορισμένοι δυνητικοί προσφέροντες να αποκτούν πλεονέκτημα, εφόσον το ελεγχόμενο κριτήριο είναι αντικειμενικά δικαιολογημένο, λαμβανομένης υπόψη της φύσεως της συμβάσεως και των αναγκών της αναθέτουσας αρχής.

15. Επειδή, σε σχέση με τις προδιαγραφές ως προς τα είδη υπό α/α ...που περιλαμβάνονται στον Πίνακα Α΄ των υπό προμήθεια αναλώσιμων εκτυπωτών (ΠΙΝΑΚΑΣ ΓΝΗΣΙΩΝ ΑΝΑΛΩΣΙΜΩΝ), στις περιεχόμενες στο Παράρτημα ΙΙ της διακήρυξης Προδιαγραφές – Φύλλο Συμμόρφωσης προδιαγραφές ορίζονται, μεταξύ άλλων, τα εξής: «...Τα αναλώσιμα να είναι γνήσια πρωτότυπα. Τα αναλώσιμα να μην είναι ανακατασκευασμένα (remanufactured) ή αναγομωμένα (refilled) ...». Από τη γραμματική διατύπωση των προδιαγραφών αυτών εναργώς συνάγεται ότι αναλώσιμα που δεν προέρχονται από τους κατασκευαστές των εκτυπωτών για τους οποίους προορίζονται ή που είναι προϊόντα ανακατασκευής ή αναγόμωσης (ανεξαρτήτως κατασκευαστή) δεν πληρούν τις προδιαγραφές και επομένως δεν γίνονται δεκτά. Οι τεθείσες προδιαγραφές επομένως φαίνεται να περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης, κατά την έννοια της παρ. 4 του άρθρου 54 του ν. 4412/2016. Σύμφωνα με όσα διαλαμβάνονται στις απόψεις του ..., όμως, για την επιλογή να ζητηθούν γνήσια αναλώσιμα για τα είδη του Πίνακα Α΄ των υπό προμήθεια ειδών, στα οποία συμπεριλαμβάνονται κατά είδη για τα οποία επιθυμεί να υποβάλει προσφορά και η προσφεύγουσα, αλλά και για τον καθορισμό των σχετικών με αυτά τεχνικών προδιαγραφών και απαιτήσεων, ελήφθησαν υπόψη τα εξής: α) Ο ... ως οιονεί καθολικός διάδοχος των ασφαλιστικών, δυνάμει του ν. 4387/2016, έχει στην κυριότητά του εκτυπωτές διάφορων τύπων οι οποίοι είναι εγκατεστημένοι και χρησιμοποιούνται για διάφορες εκτυπωτικές εργασίες του φορέα. β) Μέρος από τα ζητούμενα γνήσια αναλώσιμα, μεταξύ των οποίων και τα υπό των α/α ... και ..., προορίζονται για εκτυπωτές οι οποίοι βρίσκονται σε καθεστώς εγγύησης καλής λειτουργίας από τον κατασκευαστή του εκτυπωτή, σύμφωνα με τους όρους της οποίας τα χρησιμοποιούμενα αναλώσιμα «θα πρέπει να είναι γνήσια (original)». Εξάλλου είναι γνωστό ότι σε περίπτωση χρήσης μη γνήσιου αναλωσίμου η κατασκευάστρια εταιρεία δεν φέρει καμιά ευθύνη για όποια βλάβη μπορεί να προκληθεί από αυτή τη χρήση. γ) Στον προγραμματισμό του φορέα είναι η ένταξη του συνόλου των εκτυπωτών σε καθεστώς σύμβασης συντήρησης. δ) Οι περισσότεροι εξ αυτών χρησιμοποιούνται μέσω εσωτερικού δικτύου για κοινή εκτύπωση από πολλούς χρήστες (υπαλλήλους του Φορέα), με πολλές συνέπειες στην ενδεχόμενη βλάβη καθώς αυτή επηρεάζει μεγάλο αριθμό χρηστών και κατ' επέκταση την εύρυθμη λειτουργία των υπηρεσιών με άμεσο αντίκτυπο στη μη

Αριθμός απόφασης: 655 / 2021

εξυπηρέτηση των πολιτών και του δημοσίου συμφέροντος. Συνεπώς ο ... πρέπει και οφείλει να μεριμνά για την ελαχιστοποίηση της πιθανότητας κάποιος από τους εκτυπωτές να τεθεί εκτός λειτουργίας. ε) Τα εξειδικευμένα στελέχη - τεχνικοί της Διεύθυνσης Πληροφορικής του ..., έχουν πληθώρα περιπτώσεων όπου έχουν κληθεί να επιλύσουν προβλήματα στους εκτυπωτές των υπηρεσιών λόγω χρήσης (από ίδια πρωτοβουλία των υπηρεσιών) μη γνήσιων αναλωσίμων, ενώ αρκετοί εκτυπωτές τίθενται εκτός λειτουργίας λόγω αυτής της χρήσης (κυρίως λόγω διαρροών από το κέλυφος του αναλωσίμου). Η εμπειρία του Φορέα έχει δείξει ότι η πιθανότητα πρόκλησης βλάβης στον εκτυπωτή από συμβατό-ισοδύναμο αναλώσιμο είναι ιδιαίτερα αυξημένη γεγονός που καθιστά την προμήθεια των εν λόγω αναλωσίμων μακροπρόθεσμα οικονομικά ασύμφορη. Με βάση τα ανωτέρω, η διάκριση των ζητούμενων ειδών της προμήθειας σε γνήσια πρωτότυπα και σε (ισοδύναμα) συμβατά [(όχι ανακατασκευασμένα (remanufactured) ή αναγομωμένα (refilled)] έγινε με γνώμονα την εξυπηρέτηση των αναγκών της αναθέτουσας αρχής (...) και των υπηρεσιών της και συγκεκριμένα της διασφάλισης της απρόσκοπτης και συνεχούς λειτουργίας των εκτυπωτών όπου η βέλτιστη δυνατή ποιότητα εκτύπωσης και η αδιάλειπτη λειτουργία τους ικανοποιείται με τις βαλλόμενες ως άνω προδιαγραφές για γνήσια μη ανακατασκευασμένα ή αναγομωμένα αναλώσιμα. Με αυτά τα δεδομένα άλλωστε και επειδή, όπως ισχυρίζεται ο ..., χωρίς να αμφισβητείται από την προσφεύγουσα, με βάση έγγραφα των κατασκευαστριών εταιρειών έχουν καταργηθεί τα γνήσια αναλώσιμα των εκτυπωτών που περιλαμβάνονται στον ΠΙΝΑΚΑ Β΄ των υπό προμήθεια αναλωσίμων και επομένως δεν υπάρχουν διαθέσιμα στην αγορά τα γνήσια αυτών, ως εκ τούτου η μη δυνατότητα προμήθειας γνήσιων αναλωσίμων θα σήμαινε τη μη χρήση αυτών (των εκτυπωτών) και συνακόλουθα τη δυσλειτουργία των υπηρεσιών και τη μη εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος και των πολιτών, για τον λόγο αυτό και προς αποφυγή προβλημάτων εντάχθηκαν στον πίνακα Β οι εν λόγω εκτυπωτές (τα γνήσια αναλώσιμα των οποίων έχουν καταργηθεί) και η προμήθεια ισοδύναμων –συμβατών αναλωσίμων τους. Και σε αυτήν ακόμα την περίπτωση, όμως, όπως ρητώς προβλέπεται στις περιεχόμενες στο Παράρτημα ΙΙ της διακήρυξης Προδιαγραφές – Φύλλο Συμμόρφωσης προδιαγραφές για τα είδη του Πίνακα Β΄ τα ισοδύναμα – συμβατά αναλώσιμα πρέπει «να μην είναι ανακατασκευασμένα (remanufactured) ή αναγομωμένα (refilled)», επομένως

Αριθμός απόφασης: 655 / 2021

προϊόντα που δεν είναι πρωτότυπα, έστω και αν δεν προέρχονται από τον κατασκευαστή των εκτυπωτών για τους οποίους προορίζονται δεν πληρούν τις προδιαγραφές και δεν γίνονται δεκτά. Εξάλλου, από τα διδάγματα της κοινής πείρας είναι γνωστό ότι οι κατασκευαστές των εκτυπωτών συστήνουν τη χρήση γνήσιων αναλώσιμων, εφόσον, επομένως ο Φορέας, όπως ισχυρίζεται στις απόψεις του, έχει αποφασίσει να εντάξει το σύνολο των εκτυπωτών του σε καθεστώς σύμβασης συντήρησης, εύλογα επιδιώκει οι εκτυπωτές του ήδη να χρησιμοποιούν γνήσια αναλώσιμα. Ο σκοπός αυτός, άλλωστε, δεν θα μπορούσε να επιτευχθεί ούτε με τον προσδιορισμό κατάλληλων τεχνικών προδιαγραφών και πιστοποιήσεων διασφάλισης ποιότητας που θα μπορούσαν να καλύψουν τα ισοδύναμα συμβατά ή / και ανακατασκευασμένα αναλώσιμα. Συνακόλουθα, και ενόψει των όσων γίνονται δεκτά στις παραπάνω σκέψεις, λαμβάνοντας υπόψη το αντικείμενο της δημοπρατούμενης σύμβασης και τις ανάγκες της αναθέτουσας αρχής, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η επιλογή του ... για όσους εκτυπωτές προσφέρονται γνήσια πρωτότυπα αναλώσιμα να ζητεί τέτοια και όχι ισοδύναμα συμβατά ή και ανακατασκευασμένα ή αναγομωμένα δεν είναι δυσανάλογη του σκοπού της δημοπρατούμενης σύμβασης. Οι ισχυρισμοί δε της προσφεύγουσας περί του αναιτιολόγητου των ως άνω προδιαγραφών από τεχνική και οικονομική – δημοσιονομική σκοπιά πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι.

16. Επειδή, εξάλλου, δεν προκύπτει ότι γνήσια πρωτότυπα αναλώσιμα μπορούν να προσφέρουν στον επίμαχο διαγωνισμό μόνον οι κατασκευαστές των εκτυπωτών για τους οποίους προορίζονται. Αντιθέτως, όπως προβάλλει με τις απόψεις της η αναθέτουσα αρχή γνήσια πρωτότυπα αναλώσιμα διατίθενται από οιονδήποτε, όπως μάλιστα προκύπτει από τον ιστότοπο (site) της προσφεύγουσας και η ίδια η προσφεύγουσα έχει ως αντικείμενο της την εμπορία μεταξύ άλλων και γνήσιων αναλωσίμων, μεταξύ των οποίων και για τα τριάντα πέντε (...) εκ του συνόλου των ... ειδών (τμημάτων) αναλωσίμων του διαγωνισμού, όπως η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται, χωρίς να αντικρούεται από την προσφεύγουσα. Κατά συνέπεια, η συμμετοχή της προσφεύγουσας στα υπ' αυτής επικαλούμενα είδη του Πίνακα Α' της σύμβασης δεν παρεμποδίζεται άνευ ετέρου από τις τεθείσες προδιαγραφές των ειδών αυτών, αλλά εξαιτίας του γεγονότος ότι ένεκα των εμπορικών της επιλογών δεν διαθέτει η ίδια γνήσια αναλώσιμα για τα είδη αυτά. Όπως όμως ήδη γίνεται δεκτό

Αριθμός απόφασης: 655 / 2021

στη 13^η σκέψη της παρούσας, η θέσπιση, με τη διακήρυξη, των προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες, για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού, εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή σε αυτόν κάποιων υποψήφιων αναδόχων, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων. Δεν αποκλείεται, δε, ένας τέτοιος περιορισμός, ως εκ των απαιτήσεων συγκεκριμένων προδιαγραφών, αν μόνον αυτές οι συγκεκριμένες προδιαγραφές εξυπηρετούν αποτελεσματικά τις ανάγκες για την κάλυψη των οποίων τίθενται (ΣΤΕ 1105/2010, πρβλ. ΣΤΕ. 365/2007, Ε.Α. ΣΤΕ 267/2008). Το γεγονός, άλλωστε, ότι στον διαγωνισμό συμμετείχαν ήδη και υπέβαλαν προσφορές πέντε (5) οικονομικοί φορείς συνιστά ένδειξη ότι οι τεθείσες προδιαγραφές δεν περιορίσαν τον κύκλο των δυνάμενων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό.

17. Επειδή, τέλος, αβάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα οι προσβαλλόμενες προδιαγραφές αντιβαίνουν και προς τις υπερνομοθετικής ισχύος διατάξεις της Οδηγίας 19/2012/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, αναφορικά με την πρόκριση της ανακατασκευής, ανακύκλωσης και επαναχρησιμοποίησης αναλωσίμων υλικών, καθώς της με αριθμό 23615/651/Ε.103/2014 (ΦΕΚ Β' 1184/9-5-2014) ΚΥΑ για τη συμμόρφωση του εθνικού δικαίου με την ως άνω Οδηγία. Και τούτο, διότι με τις διατάξεις της ως άνω Οδηγίας και της σχετικής με αυτήν ως άνω ΚΥΑ θεσπίζονται κανόνες και όροι για την εναλλακτική διαχείριση αποβλήτων ηλεκτρικού και ηλεκτρονικού εξοπλισμού (ΑΗΗΕ), στα οποία συμπεριλαμβάνονται και τα αναλώσιμά τους, μεταξύ των οποίων θεσπίζονται και προγράμματα για την κατά προτεραιότητα προετοιμασία για επαναχρησιμοποίηση των ΑΗΗΕ και, όπου αυτό δεν ενδείκνυται, για την ανάκτησή τους, δεν ισχυρίζεται όμως η προσφεύγουσα, ούτε προκύπτει ότι από τις ως άνω διατάξεις απαγορεύεται η παραγωγή ή η διάθεση ή η προμήθεια γνήσιων πρωτότυπων αναλώσιμων, εφόσον αυτά εξυπηρετούν τις ανάγκες μιας αναθέτουσας αρχής, όταν στη σχετική αγορά διατίθενται και γνήσια ή μη ανακατασκευασμένα αναλώσιμα. Κατά συνέπεια, ο περί του αντιθέτου ισχυρισμός της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθεί.

Αριθμός απόφασης: 655 / 2021

18. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη προσφυγή πρέπει ν' απορριφθεί, σύμφωνα με το σκεπτικό.

19. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου, που προσκόμισε η προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 19 Μαρτίου 2021 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 8 Απριλίου 2021.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Νικόλαος Σ. Σαββίδης

Μιχαήλ Γ. Σοφιανός