

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 20 Ιουνίου 2023 με την εξής σύνθεση: Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 12.05.2023 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 693/15.05.2023 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στην «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του «...» (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή») και ειδικότερα κατά της με αρ. «...» διακήρυξης της ως άνω αναθέτουσας αρχής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,
σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 623,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...» και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2. Επειδή, ο ένδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 (Α' 147) και η ένδικη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV αυτού, περί έννομης προστασίας κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

3. Επειδή, όπως προκύπτει από τα μηνύματα που έχουν αναρτηθεί μέσω του συνδέσμου «επικοινωνία» στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. (με α/α συστήματος «...»), η προσφυγή ασκήθηκε

εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτώς. Επέκεινα, εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτώς η αναθέτουσα αρχή, διά του με αριθμ. πρωτ. .../100/17/οικ.14356/29.05.2023 εγγράφου της, αποστέλλει τις απόψεις της επί της προκείμενης προσφυγής, αναρτώντας το σχετικό έγγραφο στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, στις 29.05.2023, προς γνώση όλων, επιπλέον δε η προσφεύγουσα, υποβάλλει, στις 06.06.2023, το υπόμνημα της επί των ως άνω απόψεων της αναθέτουσας αρχής.

4. Επειδή, με την με αριθμ. «...» Διακήρυξη, προκηρύχθηκε διεθνής ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα ,από οικονομική άποψη, προσφορά βάσει τιμής, με αντικείμενο την επιλογή αναδόχου για την υλοποίηση του έργου «...», εκτιμώμενης αξίας 1.109.088,38 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και συγκεκριμένα 881.098,66 ευρώ για το τμήμα 1, 124.528,61 ευρώ για το τμήμα 2 και 103.461,11 ευρώ για το τμήμα 3 αυτού, ο οποίος αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 19.04.2023 με Α.Δ.Α.Μ. «...», καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό «...».

5. Επειδή, διά της ασκηθείσας προσφυγής της βάλλει η προσφεύγουσα κατά των εξής όρων/ προδιαγραφών του Παραρτήματος II – Τεχνικές Προδιαγραφές της υπόψη διακήρυξης: «2.2. Να είναι γνήσια αντιπροσωπείας αυθεντικά προϊόντα των κατασκευαστριών εταιρειών των «...» (original), 2.4. Να μην είναι «...», 2.10. Σε περίπτωση που κάποιο προϊόν έχει καταργηθεί από την κατασκευάστρια εταιρεία, μπορεί να προσφερθεί καινούργιο συμβατό (όχι «...») συνοδευόμενο από σχετική δήλωση της εταιρείας» και ειδικότερα, κατά το μέρος που με τον πρώτο όρο απαιτείται να προσφέρονται μόνο “original” του κατασκευαστή των «...», με τον δεύτερο απαγορεύονται τα «...» και με τον τρίτο, επί της ουσίας απαγορεύονται και τα «...», εκτός κι αν έχει καταργηθεί το “original”. Ισχυρίζεται συναφώς η προσφεύγουσα ότι οι ανωτέρω όροι της διακήρυξης παραβιάζουν το άρθρο 54 (ιδίως της παρ. 4) του ν. 4412/2016 και των προτεινόμενων από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή προδιαγραφών, υπό την έννοια ότι η παρ. 4 του ως άνω άρθρου παρέχει τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή, για την εξαιρετική περίπτωση που δεν

είναι δυνατό να παρασχεθεί αρκούντως ακριβής και κατανοητή περιγραφή του αντικειμένου της συμβάσεως, να κάνει αναφορά σε συγκεκριμένη κατασκευή ή προέλευση ή ιδιαίτερη μέθοδο κατασκευής που είναι χαρακτηριστικές των προϊόντων ή των υπηρεσιών που παρέχει συγκεκριμένος οικονομικός φορέας, ή ακόμη σε εμπορικό σήμα ή δίπλωμα ευρεσιτεχνίας, να δικαιολογείται όμως μια τέτοια αναφορά από το αντικείμενο της συμβάσεως και να τηρούνται οι σχετικές προϋποθέσεις, όπως, μεταξύ άλλων, να συνοδεύεται υποχρεωτικά η αναφορά αυτή, στα συμβατικά τεύχη από τη μνεία «ή ισοδύναμο». Περαιτέρω υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι διά των προσβαλλόμενων όρων, η αναθέτουσα αρχή παραβιάζει τα άρθρα 18, 26, 27 και 32 του ν. 4412/2016 σχετικά με τις εφαρμοζόμενες στις δημόσιες συμβάσεις αρχές, ήτοι την επιλογή των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, την ανοιχτή διαδικασία και τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, διότι, κατά τα ιστορούμενα στη προσφυγή, εφόσον συνέτρεχαν πράγματι αντικειμενικοί λόγοι, που υποχρέωναν την αναθέτουσα αρχή να προμηθευτεί μόνο “original” «...» ή έστω «...» εγκεκριμένα από αυτόν, όφειλε να μην ακολουθήσει την ανοιχτή διαδικασία και να θέσει, προς επίτευξη του στόχου της, τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης του άρθρου 32 του ν. 4412/2016, όπερ, εντούτοις δεν έκανε. Εξάλλου, η προσφεύγουσα εταιρεία, ως δραστηριοποιούμενη στην οικεία αγορά με πολυετή εμπειρία, μετ’ εννόμου συμφέροντος, καταρχάς, στρέφεται κατά των προσβαλλομένων διά της προσφυγής της όρων της διακήρυξης, ισχυριζόμενη ότι την αποκλείουν από την επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία. Και τούτο ειδικότερα διότι, αν και «...» ισοδύναμα των ζητούμενων αυθεντικών πρωτοτύπων, αφού είναι «...» και σύμφωνα με τα τεχνικά πρότυπα, ως ισχυρίζεται, άρα κατάλληλα για τη σκοπούμενη χρήση, δε δύναται να λάβει μέρος στον εν λόγω διαγωνισμό με δεδομένο ότι ζητείται η προσφορά αποκλειστικά και μόνο αυθεντικών «...», χωρίς να δίνεται η δυνατότητα προσφοράς ισοδυνάμου, με συνέπεια η προσφορά της να είναι εκ προοιμίου απορριπτέα.

6. Επειδή, στην υπόψη διακήρυξη, αναφορικά με τα κρίσιμα ζητήματα, προβλέπονται τα εξής: «1.3 Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης Αντικείμενο του παρόντος διαγωνισμού είναι η «...», σύμφωνα με τους ακόλουθους όρους, προϋποθέσεις και τεχνικές

προδιαγραφές, όπως αυτές περιγράφονται αναλυτικά στο Παράρτημα II της παρούσας. Η παρούσα σύμβαση υποδιαιρείται σε 3 τμήματα με βάση την μάρκα (brand) των «...», σύμφωνα με το Παράρτημα I, με ξεχωριστή προϋπολογισθείσα δαπάνη και ποσότητες ανά τμήμα. Προσφορές υποβάλλονται για το σύνολο της ποσότητας κάθε τμήματος (τμήμα 1 Ηλεκτρονικός Διεθνής Διαγωνισμός για την προμήθεια «...» “...”, τμήμα 2 “...”, τμήμα 3 “...”). Υπάρχει η δυνατότητα προσφοράς και για περισσότερα του ενός τμημάτων ή και για όλα τα τμήματα. Κατά τη σύνταξη των προσφορών, θα πρέπει να ληφθεί υπόψη ότι οι ποσότητες των ειδών θα παραδοθούν από τον προμηθευτή με ευθύνη και δαπάνη του στην αντίστοιχη Υπηρεσία του «...» ανά την Ελλάδα. Το κείμενο της διακήρυξης είναι ισχυρότερο από κάθε άλλο κείμενο σχετικό με τον διαγωνισμό εκτός από προφανή σφάλματα και παραδρομές. [...] 2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς, απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι σε οικείο Επαγγελματικό Μητρώο, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 2.2.4 της παρούσας. [...] 2.4.3.2 Τεχνική Προσφορά Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή στο Παράρτημα II της Διακήρυξης, όπου θα απαιτείται η συμπλήρωση του Φύλλου Συμμόρφωσης του Παραρτήματος II. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα. Οι οικονομικοί φορείς αναφέρουν το τμήμα της σύμβασης που προτίθενται να αναθέσουν υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνουν.» Περαιτέρω, στο Παράρτημα II – Τεχνικές προδιαγραφές ειδών – Φύλλο συμμόρφωσης ορίζεται: «Η στήλη «ΑΠΑΙΤΗΣΗ» έχει συμπληρωθεί από την Αναθέτουσα Αρχή. Η στήλη «ΑΠΑΝΤΗΣΗ» θα συμπληρωθεί από τους οικονομικούς φορείς υποχρεωτικά με “ΝΑΙ” για τα απαιτητά χαρακτηριστικά των τεχνικών προδιαγραφών. 2. ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΕΡΙΓΡΑΦΕΣ 2.1 Τα προσφερόμενα είδη πρέπει να έχουν τα παρακάτω τεχνικά χαρακτηριστικά: 2.2 Να είναι γνήσια αντιπροσωπείας-αυθεντικά προϊόντα των κατασκευαστριών εταιρειών των «...» (original). 2.3

Να είναι «...» και σε άριστη κατάσταση. 2.4 Να μην είναι «...». 2.5 Εφόσον κάποιο από τα προσφερόμενα είδη αποδειχτεί ελαττωματικό, θα αντικατασταθεί άμεσα με νέο. Εφόσον αποδειχτούν ελαττωματικά περισσότερο από το 10% της ποσότητας του συγκεκριμένου κωδικού θα αντικατασταθεί άμεσα όλη η ποσότητα του συγκεκριμένου κωδικού, χωρίς οικονομική επιβάρυνση του φορέα. [...] 2.9 Οι παραπάνω όροι των τεχνικών προδιαγραφών είναι απαράβατοι επί ποινή αποκλεισμού. 2.10 Σε περίπτωση που κάποιο προϊόν έχει καταργηθεί από την κατασκευάστρια εταιρεία, μπορεί να προσφερθεί καινούργιο συμβατό (όχι «...») συνοδευόμενο από σχετική δήλωση της εταιρείας.»

7. Επειδή, όπως γίνεται δεκτό, οι κανονιστικές ρυθμίσεις, όπως οι θεσπιζόμενοι με την διακήρυξη διαγωνισμού όροι, δεν χρήζουν, ως εκ της φύσεώς τους, αιτιολογίας (βλ. ΕΑ ΣτΕ 918/2003, 876/2004), η Διοίκηση είναι, κατ' αρχάς ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακηρύξεως ως προς τα προς προμήθεια είδη, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη, ενώ θα πρέπει να θεωρείται ότι απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό η σκοπιμότητα της θεσπίσεως επί μέρους όρων και τεχνικών προδιαγραφών (βλ. ΕΑ ΣτΕ 434/2008). Και τούτο διότι όταν ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επικαλείται λόγους με τους οποίους επιχειρεί, υπό την μορφή γενικής αμφισβήτησης της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, βάση δικών του εκτιμήσεων, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, αυτοί οι λόγοι είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. ΕΑ ΣτΕ 307/2007). Ετέρωθεν και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές ελέγχονται από την άποψη της τηρήσεως της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣτΕ 189/2015, ΕΑ ΣτΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.), σε κάθε δε περίπτωση θα πρέπει να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και να μην εισάγουν αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, υπό την έννοια ότι οφείλουν να αποφεύγουν διατάξεις που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό

του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, μέσω της ενσωμάτωσης σε αυτή χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου, ούτε να συνεπάγονται αδικαιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη του ανταγωνισμού (βλ. ΕΣ 2402/2010).

8. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, ως γίνεται δεκτό, 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 μόνο εάν μπορεί να αποδειχθεί ότι: (α) έχουν οριστεί για την εξυπηρέτηση θεμιτού σκοπού δημόσιας τάξης που έχει τεθεί προς το γενικό συμφέρον, (β) εφαρμόζονται κατά τρόπο που δεν δημιουργεί διακρίσεις, (γ) είναι κατάλληλα για την επίτευξη αυτού του επιδιωκόμενου σκοπού και (δ) δεν είναι δεσμευτικά πέραν του βαθμού που είναι αναγκαίος για την επίτευξη του σκοπού (βλ. ΔΕΚ απόφαση της 3η Φεβρουαρίου 1993 Vereniging Veronica Omroep Organisatie κατά Commissariaat voor de Media, C-148/91, σκ. 9, Dieter Kraus κατά Land Baden-Württemberg, C-19/92, σκ. 32).

9. Επειδή, από την επισκόπηση των στοιχείων της προκείμενης υπόθεσης συνάγεται καταρχάς ότι η αναθέτουσα αρχή, διά της προσβαλλόμενης διακήρυξής της, αποσκοπεί στην προμήθεια «...» πανελλαδικά. Η υπό ανάθεση σύμβαση υποδιαιρείται σε 3 τμήματα με βάση την μάρκα (brand) των «...», σύμφωνα με το Παράρτημα Ι της διακήρυξης, με

ξεχωριστή προϋπολογισθείσα δαπάνη και ποσότητες ανά τμήμα καθώς προσφορές μπορούν να υποβληθούν από τους υποψηφίους οικονομικούς φορείς για ένα ή περισσότερα τμήματα αλλά για το σύνολο της ποσότητας κάθε τμήματος (το τμήμα 1 αφορά στην προμήθεια «...» “...”, το τμήμα 2 “...” και το τμήμα 3 “...”). Ειδικότερα δε, στην οικεία διακήρυξη και στις τεχνικές προδιαγραφές για τα υπό προμήθεια είδη ορίζεται, επί ποινή αποκλεισμού, ότι θα πρέπει αυτά να είναι γνήσια αντιπροσωπείας - αυθεντικά προϊόντα των κατασκευαστριών εταιρειών των «...» (original) και να μην είναι «...». Επιπροσθέτως, προβλέπεται ότι σε περίπτωση που κάποιο από τα ζητηθέντα προϊόντα έχει καταργηθεί από την κατασκευάστρια εταιρεία, μπορεί να προσφερθεί καινούργιο συμβατό συνοδευόμενο, προς σχετική επιβεβαίωση, από τη δήλωση της εταιρείας, με τη ρητή απαίτηση εν προκειμένω να μην είναι «...», όπως, άλλωστε έχει ορισθεί, εν γένει, για τα υπό προμήθεια είδη. Κατά των ανωτέρω τεχνικών προδιαγραφών βάλλει η προσφεύγουσα διά της ασκηθείσας προσφυγής της, υποστηρίζοντας ότι πλημμελώς η αναθέτουσα αρχή δεν προσδιορίζει και τη δυνατότητα προμήθειας ισοδυνάμων ειδών με τα ανωτέρω, δοθέντος ότι η ίδια ανακατασκευάζει και εμπορεύεται «...» προϊόντα που είναι ισοδύναμα των ζητούμενων αυθεντικών πρωτοτύπων. Εντούτοις, ως προκύπτει από τον φάκελο της υπόθεσης, η επιλογή της αναθέτουσας αρχής, ως διατυπώνεται στη προσβαλλομένη, να απαιτεί «...» γνήσια συγκεκριμένων κατασκευαστικών οίκων, εφόσον πρόκειται για «...», και όχι «...», αιτιολογείται κατά τρόπο επαρκή, σαφή και πρόσφορο. Και τούτο διότι η διάκριση των ζητούμενων ειδών της προμήθειας σε γνήσια πρωτότυπα και σε (ισοδύναμα) συμβατά (όχι «...») έγινε με γνώμονα την εξυπηρέτηση των αναγκών της αναθέτουσας αρχής, της κεντρικής και των περιφερειακών υπηρεσιών της και προκειμένου για τη διασφάλιση της απρόσκοπτης και συνεχούς λειτουργίας των «...», δοθέντος ότι η βέλτιστη δυνατή ποιότητα «...» και η αδιάλειπτη λειτουργία των «...» ικανοποιείται με τις ως άνω τεθείσες προδιαγραφές, για γνήσια μη «...». Όπως διατυπώνει συναφώς στη συμπληρωματική της αιτιολογία, η αναθέτουσα αρχή, η πιθανότητα πρόκλησης βλάβης σε «...» από συμβατό-ισοδύναμο «...» είναι ιδιαίτερα αυξημένη, γεγονός που κατά λογική ακολουθία καθιστά την προμήθεια των εν λόγω «...» μακροπρόθεσμα ασύμφορη. Το κρίσιμο ζήτημα δε που συνάγεται

από τα υπόψη στοιχεία της υπόθεσης είναι ότι υπάρχει διαφορά ποιότητας μεταξύ πρωτότυπου και «...», όπερ δεν καθιστά τα δύο είδη ισοδύναμα, κατά την έννοια που προσδίδει η προσφεύγουσα και μάλιστα κατά την υποχρεωτική εκ του νόμου μνεία περί ισοδυναμίου. Τούτο δε διότι πρόκειται για τεχνικές προδιαγραφές, στην περίπτωση αυτή, κατά το άρθρο 54 του ν.4412/2016, «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». Στην εξεταζόμενη υπόθεση εξάλλου, αφενός δεν προκύπτει ότι γνήσια πρωτότυπα «...» μπορούν να προσφέρουν στον επίμαχο διαγωνισμό μόνον οι κατασκευαστές των «...» για τους οποίους προορίζονται, αφετέρου το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης εμφανίζεται κατανοητό και επαρκώς προσδιορισμένο, οπότε δεν συντρέχει η εκ του νόμου προϋπόθεση προκειμένου για την υποχρεωτική αναγραφή περί ισοδυναμίου, ως αβασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Κατά συνέπεια, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η συμμετοχή της προσφεύγουσας στα υπ' αυτής επικαλούμενα είδη του τμήματος 2 της υπό ανάθεση 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 «...» για τα είδη αυτά.

10. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, ως προκύπτει, η εμπειρική αλλά και αποδεδειγμένη γνώση της αναθέτουσας αρχής ως προς την χρηστικότητα ή/και τυχόν πρόκληση μηχανικών προβλημάτων από την χρήση «...» δύναται ευλόγως να αποτελέσει τη βάση της κρίσης της περί διαμόρφωσης συγκεκριμένων προδιαγραφών και εν προκειμένω, των προσβαλλομένων. Ως εξάλλου γίνεται δεκτό, κρίσιμη, για την θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος είναι η επίκληση και απόδειξη βλάβης του

προσφεύγοντος λόγω επικείμενου αποκλεισμού του ή σοβαρής δυσχέρειας συμμετοχής του σε διαγωνιστική διαδικασία και όχι η απαίτηση αυτού για την διαμόρφωση συνθηκών ευνοϊκότερων για την συμμετοχή του σε διαγωνισμό (ΕΑ ΣτΕ 353/2018, 86/2018, 12-15/2018 Ολομ., 147/2016 Ολομ., 189/2015, 124/2015 κ.λπ.) όπως επιχειρεί η προσφεύγουσα δια του προβαλλόμενου στη προσφυγή της λόγου. Ούτε άλλωστε και πρέπει η βλάβη που υφίσταται ο οικονομικός φορέας να στηρίζεται στην εμπορική πολιτική του ή στην αδυναμία του να καλύψει τις απαιτήσεις της Διακήρυξης (ΕΑ ΣτΕ 512/2009, Φ. Αρναούτογλου «Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του Ν. 3886/2010» εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη 2013, παρ. 132, 133 και εκεί αναφερόμενη νομολογία του ΣτΕ). Επιπλέον, ως έχει κριθεί και γίνεται δεκτό, η αναθέτουσα αρχή είναι, καταρχάς, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές με βάση τις ανάγκες και τη σκοπιμότητα χρήσης από ποσοτική και ποιοτική άποψη, η θέσπιση δε, 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, ΕΑ ΣτΕ 267/2008). Στην εξεταζόμενη υπόθεση, οι εν λόγω κρίσιμοι όροι, παρίστανται εύλογοι, σε αναλογία με το αντικείμενο και τη φύση του έργου, επιπλέον δε ανταποκρινόμενοι στις ανάγκες της αναθέτουσας αρχής και τη σκοπιμότητα χρήσης αυτών, επομένως η θέσπιση τους, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού, αλλά κείται εντός των αρχών της αναλογικότητας και της ίσης μεταχείρισης. Το γεγονός, άλλωστε, ότι, ως προκύπτει από την επισκόπηση του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, συμμετείχαν ήδη και υπέβαλαν τις προσφορές τους έξι (6) οικονομικοί φορείς

συνιστά ένδειξη ότι οι τεθείσες προδιαγραφές δεν περιόρισαν τον κύκλο των δυνάμενων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό.

11. Επειδή, έτι περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή αιτιολογεί επαρκώς και ειδικώς την επιλογή της διά της προσβαλλομένης διακήρυξης, να απαιτεί «...» γνήσια συγκεκριμένων κατασκευαστικών οίκων, εφόσον πρόκειται για «...», και όχι «...», προβάλλοντας συγκεκριμένα ότι οι «...» παρουσιάζουν μεγαλύτερη συχνότητα εμφάνισης βλαβών κατά την χρήση των «...». Εάν ληφθεί δε υπόψη ότι η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία αποσκοπεί στην προμήθεια ειδών προς πανελλαδική κάλυψη καθώς και απομακρυσμένων περιοχών, ορθώς διατείνεται η αναθέτουσα αρχή στο έγγραφο των απόψεων της ότι η εξεύρεση τεχνικών για τις τεχνικές βλάβες που εμφανίζονται αυξημένες κατά την χρήση των «...», είναι εξαιρετικά ασύμφορη, αντιθέτως η αποφυγή των προβλημάτων και δυστοκιών που έχουν προκύψει από τη χρήση των ειδών που η προσφεύγουσα διατείνεται ότι είναι ισοδύναμα, όπερ ωστόσο ως προελέχθη δεν ισχύει, αποτελεί επαρκή αιτιολογία της επιλογής και σε κάθε περίπτωση της δυνατότητας της αναθέτουσας αρχής προκήρυξης διαγωνιστικής διαδικασίας για την προμήθεια γνήσιων «...». Επιπροσθέτως, για τους «...» για τους οποίους δεν υπάρχουν διαθέσιμα στην αγορά γνήσια «...», ορθώς και κατά λογική ακολουθία και συνέχεια, προβλέπεται στη προσβαλλόμενη διακήρυξη η διάθεση συμβατών (ισοδυνάμων), δεδομένου ότι η μη δυνατότητα προμήθειας γνήσιων «...» θα οδηγούσε στη μη χρήση των «...» και επομένως, στη δυσλειτουργία των υπηρεσιών και τη μη εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος και των πολιτών, υπό την ρητή σε κάθε περίπτωση προϋπόθεση, που αποτελεί και διασφάλιση άλλωστε των ως άνω επιδιώξεων, ότι τα καινούργια συμβατά δεν θα είναι «...». Με αυτά τα δεδομένα, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η εμπειρία αλλά και αποδεδειγμένη γνώση της αναθέτουσας αρχής ως προς την χρηστικότητα ή/και τυχόν πρόκληση μηχανικών προβλημάτων από την χρήση «...» αποτελεί την εύλογη και αιτιολογημένη βάση της διαμόρφωσης και προσδιορισμού των επίμαχων προδιαγραφών, οι οποίες εξυπηρετούν αποτελεσματικά τις ανάγκες της για την κάλυψη των οποίων τίθενται (ΣτΕ 1105/2010, πρβλ. ΣτΕ 365/2007, ΕΑ ΣτΕ 267/2008), χωρίς να παραβιάζουν τους κανόνες του ανταγωνισμού ή να περιορίζουν αυτόν δυσανάλογα.

12. Επειδή, εξάλλου, αβασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι εν προκειμένω παραβιάζονται τα άρθρα 18, 26, 27 και 32 του ν. 4412/2016 σχετικά με τις εφαρμοζόμενες στις δημόσιες συμβάσεις αρχές, την επιλογή των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, την ανοιχτή διαδικασία και τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης. Και τούτο ειδικότερα διότι, στην κατά τα ως άνω διαδικασία της διαπραγμάτευσης τίθενται προϋποθέσεις που εν προκειμένω δεν πληρούνται και άρα δεν δύναται να τεθεί σε εφαρμογή, όπως αβασίμως παραπονείται η προσφεύγουσα, ερειδόμενη σε εσφαλμένη αφετηρία, καθώς σε αυτή την περίπτωση θα συνιστούσε παρέκκλιση από τις διατάξεις και καταστρατήγηση της κείμενης νομοθεσίας περί προμηθειών. Προσέτι, η επιλογή του πλαισίου διαδικασίας σύναψης δημοσίων συμβάσεων καθορίζεται από σαφείς νομοθετικές διατάξεις, οι οποίες στην προκειμένη περίπτωση, σε συνδυασμό με τις ανάγκες της αναθέτουσας αρχής για πανελλαδική κάλυψη των υπηρεσιών της σε «...», καθώς και της εκτιμώμενης προϋπολογισθείσας σχετικής δαπάνης, οδήγησαν στην διεξαγωγή του εν λόγω διαγωνισμού ως ανοικτού και διεθνούς, δοθέντος επιπλέον ότι, όπως ήδη γίνεται δεκτό στη 8η σκέψη της παρούσας, η αναθέτουσα αρχή έχει την ευχέρεια να καθορίσει τις προϋποθέσεις συμμετοχής, σύμφωνα με το ενωσιακό και εθνικό δίκαιο, του διαγωνισμού με δύο βασικούς περιορισμούς, ήτοι 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, όπερ στην εξεταζόμενη περίπτωση, αμφότερα πληρούνται. Όπως βασίμως προβάλλει διά των απόψεων της η αναθέτουσα αρχή, τα αυθεντικά «...» διατίθενται στην αγορά από πλήθος προμηθευτών, κατά συνέπεια η εξασφάλιση της ύπαρξης ανταγωνισμού τηρείται, καθόσον τα αυθεντικά «...» μπορεί να τα προσφέρει οποιαδήποτε εταιρεία εμπορεύεται τέτοιου είδους προϊόντα και όχι αποκλειστικά ο κατασκευαστής των «...» ή ο αντιπρόσωπος του. Συνεπεία των ανωτέρω, γίνεται δεκτό ότι δεν ευνοείται ένας συγκεκριμένος οικονομικός φορέας από τις τεθείσες απαιτήσεις και

τεχνικές προδιαγραφές της προσβαλλόμενης διακήρυξης, ούτε επομένως συντρέχουν οι επικληθέντες από τη προσφεύγουσα λόγοι προκειμένου να προσφύγει η αναθέτουσα αρχή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, τα όσα δε περί του αντιθέτου ισχυρίζεται εν προκειμένω η προσφεύγουσα πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμα.

13. Επειδή, κατόπιν τούτων, η προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμη και επομένως, το παράβολο πρέπει να καταπέσει υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου, κατά το άρθρο 363 παρ. 6 του Ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει τη προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 20 Ιουνίου 2023 και εκδόθηκε στις 7 Ιουλίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η Πρόεδρος
Βασιλική Καραδήμα**

**Η Γραμματέας
Αναστασία Ρουμελιώτη**