

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 22 Νοεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Μέλος – Εισηγήτρια, και Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 14.10.2022 και με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1449/18.10.2022 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα «... ..» (εφ' εξής η «προσφεύγουσα»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του «... ..» (εφ' εξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί ο υπ' αριθμό Β.1 όρος της με αριθ. πρ. ΥΠΟΙΚ ... ΕΞ .../16.09.2022 Διακήρυξης (εφ' εξής η «προσβαλλόμενη» ή η «προσβαλλόμενη Διακήρυξη»). Σύμφωνα με τον ως άνω προσβαλλόμενο όρο: *«Όλα τα προσφερόμενα προϊόντα των Τμημάτων 2 ,8, 9 και 10 του Πίνακα με την ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ τις ΠΟΣΟΤΗΤΕΣ ΤΩΝ ΠΡΟΣ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΕΙΔΩΝ και την ΠΡΟΫΠΟΛ.ΔΑΠΑΝΗ, θα είναι μόνο original, λόγω εγγύησης των αντίστοιχων εκτυπωτών από τον προμηθευτή τους ή/και παράτασης της συμβατικής εγγύησης ή/και συντήρησης με ενεργή σύμβαση με τον προμηθευτή των εκτυπωτών ή τρίτον, με όρο στην προσφορά του, την χρήση original αναλωσίμων».*

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά τον Νόμο

1.Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε και δεσμεύθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363

παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., καθώς και την εκτύπωση της σχετικής σελίδας της Γ.Γ.Π.Σ. με την ένδειξη «δεσμευμένο») ποσού 600,00€, το οποίο υπολογίζεται επί της προϋπολογισθείσας αξίας των Τμημάτων 8, 9 και 10, επί των οποίων ασκείται η προσφυγή, άνευ ΦΠΑ, ήτοι €101.438,00. [Αξία επίδικων Τμημάτων άνευ ΦΠΑ: Τμήμα 8: 36.800,00€, Τμήμα 9: 22.938,00€, Τμήμα 10: 41.700,00€].

2.Επειδή, με την υπ' αριθμ. πρωτ. ΥΠΟΙΚ ... ΕΞ .../16.09.2022 Διακήρυξη, η οποία δημοσιεύθηκε με ανάρτηση στη διαδικτυακή πύλη του Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. στις 21.09.2022 με ΑΔΑΜ ..., προκηρύχθηκε, με βάση το ν.4412/2016, διεθνής ανοιχτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός άνω των ορίων, για την προμήθεια αναλωσίμων υλικών εκτυπωτών και πολυμηχανημάτων για τις ανάγκες των Υπηρεσιών της αναθέτουσας Αρχής, προϋπολογισθείσας δαπάνης 315.073,00€ πλέον ΦΠΑ, στη δε διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. ο προκείμενος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό

3.Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 1.3 της Διακήρυξης *«Κάθε υποψήφιος οικονομικός φορέας μπορεί να καταθέσει προσφορά για ένα (1) ή περισσότερα ή και για όλα τα τμήματα, όπως περιγράφονται αναλυτικά στο Πίνακα Οικονομικής Προσφοράς του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ III της παρούσας. Γίνονται δεκτές προσφορές μόνο για το σύνολο των ειδών του κάθε τμήματος»*. Σημειωτέον ότι η επίδικη σύμβαση υποδιαιρείται σε δέκα (10) Τμήματα. Όμως, η υπό κρίση προσφυγή αφορά μόνο στα Τμήματα 8, 9 και 10.

4.Επειδή, όσον αφορά στη 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 στις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, στη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή στα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη (λυσίτελή) συμμετοχή της στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣΤΕ 86/2018, 12-15/2018 Ολομ, 146-148/2016 Ολομ., ΕΑ 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756). 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, εφ' όσον 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 11ης-1-2005, C-26/03, StadtHalle, σκέψη 40).

5.Επειδή η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, ως εκ του αντικειμένου της, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης άνευ Φ.Π.Α. και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρ. 345 του ν. 4412/2016, η δε Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

6.Επειδή, η προσφεύγουσα θεμελιώνει κατ' αρχάς έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής, ως ενδεχομένως βλαπτόμενη, δεδομένου ότι στρέφεται κατά όρων της διακήρυξης, οι οποίοι, κατά τους ισχυρισμούς της, προσκρούουν στο εθνικό και στο ενωσιακό δίκαιο και καθιστούν αδύνατη ή δυσχεραίνουν ουσιωδώς τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό, στον οποίο επιθυμεί να συμμετάσχει, και δη στα Τμήματα 8,9 και 10 αυτού. Ειδικότερα, ισχυρίζεται, ότι, αν και η επιχειρηματική της δραστηριότητα ταυτίζεται με το αντικείμενο της σύμβασης, ωστόσο, ο πληττόμενος με την προσφυγή της όρος της Διακήρυξης καθιστά αδύνατη και σε κάθε περίπτωση ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή της στην προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία. Για τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος και της βλάβης της για την προσβολή όρων της Διακήρυξης αρκεί καταρχήν η επίκληση ότι ενδιαφέρεται να συμμετέχει στον διαγωνισμό, με βάση το γεγονός ότι δραστηριοποιείται επαγγελματικά στο αντικείμενο της δημοπρατούμενης σύμβασης (βλ. και ΑΕΠΠ 7ΜΕΛΟΥΣ 3/2018, σκ. 10). Δεν απαιτείται, αντιθέτως, η επίκληση, πολλώ δε μάλλον η απόδειξη, πλήρωσης αναλυτικά όλων των κριτηρίων και προϋποθέσεων της Διακήρυξης, απαίτηση η οποία συνδέεται με επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας και η απόδειξη της οποίας κατά το στάδιο προσβολής των όρων της διακήρυξης θα συνεπαγόταν ανυπέρβλητα εμπόδια στην επιδιωκόμενη προδικαστική

προστασία. Ακολούθως, κατά την εξέταση ενός εκάστου των προβαλλομένων λόγων προσφυγής, εξετάζεται ειδικά το έννομο συμφέρον για έκαστο εξ αυτών.

7.Επειδή, η προσφυγή ασκήθηκε με την 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 διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. στις 21.09.2022 και η τεκμαιρόμενη γνώση επήλθε μετά την πάροδο 15 ημερών από τη δημοσίευση της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ, ήτοι την 06.10.2022. Από την επομένη της 06.10.2022 εκκίνησε η δεκαήμερη προθεσμία προς άσκηση της προσφυγής, η οποία έληγε στις 16.10.2022. Η υπό κρίση προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα στις 14.10.2022.

8. Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 της παρ. 1 του Ν. 4412/2016, κοινοποίησε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την προσφυγή στις 20.10.2022 στους συμμετέχοντες και θιγόμενους από τυχόν αποδοχή της, προκειμένου να λάβουν γνώση και να ασκήσουν ενδεχομένως το δικαίωμα παρέμβασής τους.

9.Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή νομίμως και εμπροθέσμως κοινοποίησε τις απόψεις της σχετικά με την κρινόμενη προσφυγή στις 02.11.2022 σύμφωνα με το άρθρο 356 αρ. 1 περ. β του ν. 4412/20216, καθώς η αναθέτουσα έλαβε γνώση της προσφυγής την 20.10.2022, όταν τέθηκε εκ νέου σε λειτουργία το ΕΣΗΔΗΣ (δεδομένου ότι η λειτουργία του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ διακόπηκε την 14.10.2022 και ώρα 18:05 μ.μ και τέθηκε εκ νέου σε λειτουργία στις 20.10.2022 και ώρα 08:00 π.μ). Προς αντίκρουση των ως άνω απόψεων της αναθέτουσας, η προσφεύγουσα κατέθεσε νομίμως και εμπροθέσμως, στις 07.11.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, το με ιδία ημερομηνία υπόμνημά της. Τέλος, η αναθέτουσα υπέβαλε στις 21.11.2022 εκπροθέσμως απόψεις επί του υπομνήματος της προσφεύγουσας, ενώ η εταιρεία «... ..» κατέθεσε απαραδέκτως υπόμνημα στις 21.11.2022 υπέρ της διατήρησης της προσβαλλόμενης Διακήρυξης, αφού

αυτή δεν αποτελεί μέρος της προκείμενης διαδικασίας καθώς δεν έχει ασκήσει παρέμβαση (Σύμφωνα με το άρθρ. 365 αρ. 1 παρ. γ «*Συμπληρωματικά υπομνήματα κατατίθενται από οποιοδήποτε από τα μέρη μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ...*»).

10. Επειδή, η προσφεύγουσα επικαλείται με τον πρώτο λόγο της προσφυγής «*Παραβίαση της παρ. 4 του άρθρου 54 του Ν.4412/2016 και των προτεινόμενων από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή προδιαγραφών*». Περαιτέρω, με το δεύτερο λόγο επικαλείται «*Παραβίαση των άρθρων 18,26, 27 και 32 σχετικά με τις εφαρμοζόμενες στις δημόσιες συμβάσεις αρχές, την επιλογή των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, την ανοιχτή διαδικασία και τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης*». Τέλος, με τον τρίτο λόγο της προσφυγής της αμφισβητεί τους λόγους «*που επικαλείται η αναθέτουσα αρχή για την απαίτηση μόνο original για τις ομάδες 8 έως 10*».

11. Επειδή, οι αναθέτουσες Αρχές διαθέτουν ευρεία διακριτική ευχέρεια κατά τον καθορισμό των κριτηρίων ανάθεσης και απαιτούμενων επιπέδων οικονομικής-χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής-επαγγελματικής ικανότητας, ώστε να διασφαλίζεται η άρτια εκτέλεση της σύμβασης και δι' αυτής η επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού δημοσίου συμφέροντος, τηρώντας παράλληλα τις αρχές της ισότητας και της αναλογικότητας. Ειδικότερα, σύμφωνα με την κατ' άρθρο 18 Ν. 4412/2016 εφαρμοστέα στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων αρχή της αναλογικότητας, οι οριζόμενες από τη Διακήρυξη ελάχιστες απαιτήσεις συμμετοχής, οι οποίες, από την φύση τους, μειώνουν τον αριθμό των δυναμένων να υποβάλουν προσφορά, πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίες και πρόσφορες για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. Επιπροσθέτως, οι εν λόγω απαιτήσεις πρέπει να είναι συναφείς με το αντικείμενο της σύμβασης και να μην περιορίζουν την ελευθερία του ανταγωνισμού υπέρμετρα ή τεχνητά, με σκοπό την αδικαιολόγητα ευμενή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων (βλ. ΕΑΣΤΕ 117/2021, 335/2019, 203/2018, πρβλ. ΔΕΕ, Απόφαση της 22.10.2015, Υπόθεση C-425/14, Impresa Edilux Srl, σκέψη 29, ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική Α.Ε, σκέψη 49, ΔΕΕ). Και ναι μεν, όπως έχει κριθεί, η Διακήρυξη, ως κανονιστική πράξη, δεν απαιτείται να φέρει αιτιολογία (ΣΤΕ 434/2021, 1463/2015), πλην όμως, η κατ'

ενάσκηση διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας Αρχής επιλογή των κατά τα άνω ελάχιστων απαιτήσεων συμμετοχής είναι αιτιολογητέα, προκειμένου να καθίσταται εφικτός ο έλεγχος της νόμιμης άσκησης της διακριτικής ευχέρειας και της τήρησης των άκρων ορίων αυτής (πρβλ ΟΛΣΤΕ 721/1969), εν προκειμένω δε και της τήρησης της αρχής της αναλογικότητας από την αναθέτουσα Αρχή. Στην περίπτωση δε αμφισβήτησης των κανονιστικών όρων Διακήρυξης ενώπιον της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., εν όψει του ότι η κανονιστικού χαρακτήρα Διακήρυξη δεν φέρει υποχρεωτικά αιτιολογία, η επιλογή των πληττόμενων όρων-απαιτήσεων μπορεί να παρατίθεται με τις απόψεις της αναθέτουσας Αρχής (πρβλ. ΔΕφΠειρ 44/2018).

12. Επειδή, στο άρθρο 75 του Ν.4412/2016 προβλέπεται ότι: «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. [...] 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 [...]».

13. Επειδή, σύμφωνα με τη γραμματική διατύπωση των διατάξεων του άρθρου 75 του ν. 4412/2016, συνάγεται, ότι, οι αναθέτουσες Αρχές, πριν την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, δύνανται να ελέγχουν την «ικανότητα» των οικονομικών φορέων για την εκτέλεση της σύμβασης, εισάγοντας στη διακήρυξη τα περιοριστικώς αναφερομένα στην εν λόγω διάταξη κριτήρια επιλογής αυτών, ήτοι σε σχέση με: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα.

14. Επειδή, κατά τη διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων επιλογής των υποψηφίων, πρέπει να τηρούνται οι βασικές αρχές που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων. Ο καθορισμός των κριτηρίων αυτών αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα Αρχή, εάν ο εκάστοτε συμμετέχων στη διαγωνιστική διαδικασία οικονομικός φορέας διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις συμμετοχής αυτών. Υπ' αυτήν την έννοια, η έκταση των πληροφοριών που αναφέρονται στις ανωτέρω διατάξεις, καθώς και το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων, που απαιτείται για τη συγκεκριμένη σύμβαση, πρέπει να τελούν σε σύνδεση και αναλογία προς το αντικείμενό της. Εν προκειμένω, για να διαπιστωθεί, εάν τα κριτήρια, περί τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, είναι ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης, θα πρέπει να γίνεται κατά περίπτωση αξιολόγηση με γνώμονα την έκταση, τις απαιτήσεις της προς ανάθεση σύμβασης, καθώς και τον προϋπολογισμό της (πρβλ. κατευθυντήρια Οδηγία 13- απόφαση 303/2015 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων), χωρίς να περιορίζεται αδικαιολόγητα ο ανταγωνισμός και ειδικά η πρόσβαση των Μικρομεσαίων Επιχειρήσεων στις Δημόσιες Συμβάσεις.

15. Επειδή, εξ άλλου, 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 ουσιαδώς δυσχερή τη συμμετοχή σε αυτόν κάποιων έστω εκ των υποψηφίων 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, κατά τον έλεγχο του σύννομου των ελαχίστων τεχνικών προδιαγραφών και των κριτηρίων επιλογής, θα πρέπει να συνεκτιμώνται τα ανωτέρω και μάλιστα να λαμβάνεται υπ' όψη με ιδιαίτερη σοβαρότητα η 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, με συνέπεια η διάκριση μεταξύ επιθυμητού και αναγκαίου αυτονόητα να μειώνεται.

16. Επειδή, έχει παγίως κριθεί, ότι η σκοπιμότητα ή η ανάγκη θέσπισης της πλησσόμενης προδιαγραφής απαραίδektως αμφισβητούνται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό και επίσης ότι απαραίδektως η αιτούσα αμφισβητεί τη σκοπιμότητα της επιλογής, από την αναθέτουσα Αρχή, του πλησσόμενου όρου και προσπαθεί να καθορίσει και να προδιαγράψει, αυτή, τα τεχνικά χαρακτηριστικά του προς προμήθεια είδους, με βάση της δικές της επαγγελματικές ανάγκες και δυνατότητες και με δικά της κριτήρια, διαφορετικά από εκείνα που η ως άνω Αρχή, κατ' εκτίμηση των αναγκών της Υπηρεσίας, προσδιόρισε ως αναγκαία (ΣτΕ 3719/2011, 2/2011, 287/2010 Ε.Α. ΣτΕ 201/2017, 354/2014, 1140/2010, 676/2011, ΔΕΦΑΘ 491/2011, ΔΕΦΘεσ/νίκης 111/2013, ΔΕΦΑΘ 226/2013, Ε.Α. ΣτΕ 133/2012). Ελέγχονται όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από της απόψεως της τήρησης του εθνικού και ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣτΕ 9/2015 (ΑΣΦ), Ε.Α. ΣτΕ 415/2014, 354/2014, 257/2010, 3719/2011, 676, 214/2011).

17. Επειδή, αναφορικά με τους λόγους της προσφυγής, λεκτέα τα εξής: Στον προσβαλλόμενο όρο με αριθμό Β1 ορίζεται ότι: «Όλα τα προσφερόμενα προϊόντα των Τμημάτων 2 ,8, 9 και 10 του Πίνακα με την ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ τις ΠΟΣΟΤΗΤΕΣ ΤΩΝ ΠΡΟΣ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΕΙΔΩΝ και την ΠΡΟΫΠΟΛ.ΔΑΠΑΝΗ, θα είναι μόνο *original*, λόγω εγγύησης των αντίστοιχων εκτυπωτών από τον προμηθευτή τους ή/και παράτασης της συμβατικής εγγύησης ή/και συντήρησης με ενεργή σύμβαση με τον προμηθευτή των εκτυπωτών ή τρίτον, με όρο στην προσφορά του, την χρήση *original* αναλωσίμων». Από τη γραμματική διατύπωση των προδιαγραφών αυτών εναργώς συνάγεται, ότι αναλώσιμα, που δεν προέρχονται από τους κατασκευαστές των εκτυπωτών για τους οποίους (εκτυπωτές) 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, το οποίο ορίζει, ότι «Οι τεχνικές προδιαγραφές, εκτός αν δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, δεν περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης...». Περαιτέρω, σύμφωνα με όσα διαλαμβάνονται στις απόψεις της αναθέτουσας, για την επιλογή να ζητηθούν γνήσια αναλώσιμα για τα επίμαχα είδη των Τμημάτων 8, 9 και 10, ήτοι για τον καθορισμό των σχετικών τεχνικών προδιαγραφών και απαιτήσεων, ελήφθησαν υπ' όψη τα εξής: α) Τα επίμαχα γνήσια αναλώσιμα 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 *original*. β) Σκοπός του Υπουργείου Οικονομικών είναι η ύπαρξη πάντοτε επαρκούς αποθέματος, ώστε να μην δημιουργούνται δυσλειτουργίες στις υπηρεσίες του Υπουργείου, ήτοι «ενός τόσο νευραλγικού υπουργείου» κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας. γ) 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 ανακατασκευασμένων αναλωσίμων μακροπρόθεσμα οικονομικά ασύμφορη. δ) Η ενδεχόμενη βλάβη στους εκτυπωτές διαταράσσει την εύρυθμη λειτουργία των υπηρεσιών του Υπουργείου, με άμεσο αντίκτυπο στην μη εξυπηρέτηση των πολιτών και, ως

εκ τούτου, στοιχειοθετούνται λόγοι δημοσίου συμφέροντος. Υπό αυτά τα δεδομένα, πρέπει να λαμβάνεται μέριμνα για την ελαχιστοποίηση της πιθανότητας, κάποιος από τους εκτυπωτές να τεθεί εκτός λειτουργίας. ε) Όπως επί λέξει αναφέρεται στις απόψεις της αναθέτουσας: «Ένα *Original* αναλώσιμο έχει σχεδιαστεί και παραχθεί με τα κατάλληλα υλικά και εξαρτήματα από τον κατασκευαστή του ίδιου του εκτυπωτή ώστε να υπάρχει απόλυτη αρμονία στη λειτουργία τόσο του εκτυπωτή όσο και του αναλώσιμου. Η ποιότητα των υλικών του αναλωσίμου ήτοι πλαστικά, μεταλλικά εξαρτήματα *toner cartridge* κλπ είναι υπολογισμένη να αντέξει για το σύνολο των σελίδων που ισχυρίζεται ο κατασκευαστής ότι μπορεί να τυπώσει κάθε αναλώσιμο. Κατά τη διάρκεια της λειτουργίας του το αναλώσιμο καταπονείται, θερμαίνεται, φθείρεται και μετά το πέρας του συνόλου των εκτυπώσιμων σελίδων είναι ακατάλληλο για περαιτέρω χρήση με αναγόμευση της εξαντληθείσας σκόνης τόνερ. Θα μπορούσε με αναγόμευση να εκτυπώσει ορισμένες επιπλέον σελίδες αλλά σε καμία περίπτωση το σύνολο των σελίδων που παρείχε το αρχικό *original* αναλώσιμο παρουσιάζοντας βλάβη σε κάποιο από τα εξαρτήματα του λόγω γήρανσης και φθοράς. Η γήρανση και φθορά των εξαρτημάτων του δεν είναι ομοιόμορφη σε όλα. Υπάρχουν εξαρτήματα στο αναλώσιμο που είναι απαραίτητη η αντικατάστασή τους για περαιτέρω αξιοποίησή του με ανακατασκευή και κάποια που μετά τον καθαρισμό τους θα μπορούσαν να είχαν ένα δεύτερο κύκλο ζωής αλλά σε καμία περίπτωση με την αρχική αποδοτικότητα του αναλωσίμου (π.χ. το *toner cartridge*). Σε καμία περίπτωση ένας τρίτος κύκλος ζωής στο *toner cartridge* δεν θα δημιουργούσε αναλώσιμο λειτουργικό και αξιοποιήσιμο με την αρχική αποδοτικότητα του αναλωσίμου που δεν θα προκαλέσει βλάβες στο ίδιο ή στον εκτυπωτή. Αυτός είναι και ο λόγος, που τόσο η Ευρωπαϊκή Επιτροπή με το μνημονευόμενο από την προσφεύγουσα έγγραφο εργασίας της τόσο οι προδιαγραφές DIN περί ανακατασκευής όσο και η διακήρυξη μας δεν επιτρέπουν για την ανακατασκευή των αναλώσιμων με προδιαγραφές DIN τη χρήση οποιουδήποτε άλλου *toner cartridge* πέρα του *original Virgin cartridge* δηλαδή *original cartridge* που έχει χρησιμοποιηθεί μόνο μία φορά. Η τήρηση της ανωτέρω απαραίτητης προδιαγραφής για τα ανακατασκευασμένα επαφίεται αποκλειστικά και μόνο στην ευσυνειδησία του ανακατασκευαστή καθόσον καμία επιτροπή παραλαβής των αναλώσιμων δεν είναι σε θέση να την

διαπιστώσει κατά την παραλαβή τους καθόσον δεν υπάρχει οπτική διαφορά μεταξύ του *cardrige* που έχει χρησιμοποιηθεί μία μόνο φορά ή περισσότερες, ούτε θα γίνει αντιληπτό με δοκιμαστική εκτύπωση. Η διαφορά θα φανεί αργότερα από το πρόβλημα που θα δημιουργήσει στον τελικό χρήστη του αναλωσίμου. Επιπλέον η ποιότητα των υπολοίπων εξαρτημάτων που έχουν χρησιμοποιηθεί για την ανακατασκευή του αναλώσιμου, σε καμία περίπτωση δεν είναι εφάμιλλη η ισοδύναμη των εξαρτημάτων που χρησιμοποιεί ο κατασκευαστής των *original...*». Εν όψει των ανωτέρω, η απαίτηση των ζητούμενων ειδών της προμήθειας για γνήσια πρωτότυπα και όχι για ισοδύναμα συμβατά 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 αναλώσιμα. (πρβλ. 655/2021 ΑΕΠΠ). Περαιτέρω, απαραδέκτως εκ συμφέροντος τρίτου και δη εκ συμφέροντος της αναθέτουσας Αρχής, υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι το δημόσιο συμφέρον προασπίζεται με την προμήθεια των φθηνότερων συμβατών/ ανακατασκευασμένων αναλωσίμων (ad hoc ΑΕΠΠ 1442/2020). Εν όψει των ανωτέρω εκτεθέντων, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας τυγχάνουν απορριπτέοι, καθώς επιχειρεί να προδιαγράψει τα προς προμήθεια είδη, σύμφωνα με τα τεχνικά χαρακτηριστικά των διατιθέμενων από αυτήν προϊόντων, τα οποία όμως δεν καλύπτουν τις εύλογες ανάγκες της αναθέτουσας Αρχής, προς εξυπηρέτηση των οποίων έχει τεθεί η, ήδη προσβαλλόμενη, προδιαγραφή περί «original». Η προδιαγραφή δε αυτή ουδόλως παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας, διότι συνδέεται με την ορθή και αποτελεσματική εκτέλεση της σύμβασης, η οποία δεν δύναται να διασφαλισθεί άλλως (563/2022 ΕΑΔΗΣΥ). Συνεπώς, ο πρώτος λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος.

18. Επειδή, ως προς τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, ότι δηλαδή η αναθέτουσα έπρεπε να επιλέξει τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, λεκτέα τα εξής: Όπως γίνεται παγίως δεκτό (βλ. και ΑΕΠΠ 1078/2018, 1414/2019 και 1415/2019) και από τη νομολογία του ΔΕΕ, διαδικασία με διαπραγμάτευση μπορεί να κινείται μόνο στις

περιπτώσεις, που απαριθμούνται περιοριστικά στα άρθρα 30 και 31 της Οδηγίας 2004/18 (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ πλέον), ενώ η διαδικασία αυτή έχει εξαιρετικό χαρακτήρα σε σχέση με την ανοικτή και με την κλειστή διαδικασία (Απόφαση της 11ης Σεπτεμβρίου 2014, Ministero dell' Interno κατά Fastweb SpA, C-19/13, ΕΥ:C:2014:2194, σκ. 49 και απόφαση της 23ης Απριλίου 2009, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-292/07, ΕΥ:C:2009:246, σκέψη 106 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Συνεπώς, κατά την έννοια του άρθρου 32 της Οδηγίας 2014/24, για τη σύναψη συμβάσεων, που εμπίπτουν στο ρυθμιστικό πεδίο της Οδηγίας (και κατ' επέκταση του Ν. 4412/2016), θα πρέπει, κατά κανόνα, να διενεργείται ανοικτός ή κλειστός διαγωνισμός (ΕΛΣυν 88/2007, 15/2008, 74/2008 και 77/2008 Πράξεις VI Τμ.), ενώ η δυνατότητα της αναθέτουσας Αρχής να προσφύγει στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, όταν έκτακτη και φανερά κατεπείγουσα ανάγκη καθιστά αδύνατη τη διενέργεια διαγωνισμού, εισάγει αναμφίβολα εξαίρεση από την κανονική διαδικασία ανάθεσης και πρέπει να ερμηνεύεται στενά, καθ' όσον, με την εφαρμογή της, υφίσταται παρέκκλιση από τη διαφανή διαγωνιστική διαδικασία, η οποία αποτελεί, κατά την πρόθεση του ενωσιακού νομοθέτη, τον κανόνα και προάγει τον ανταγωνισμό, στο πλαίσιο της αρχής της διαφάνειας, της αποφυγής των διακρίσεων, της καταπολέμησης της διαφθοράς και της ισότητας των φυσικών και νομικών προσώπων έναντι του νόμου (βλ. αιτιολογικές σκέψεις 1 και 90 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ). Εξ άλλου, έχει κριθεί (ενδεικτικά ΕΛΣυν 1227/2016 VI Τμ., ΔΕφΑΘ (Ασφ) 247/2013), ότι για την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά οι ακόλουθες προϋποθέσεις: α) η ύπαρξη απρόβλεπτου γεγονότος, ως τέτοιου νοουμένου εκείνου που προδήλως υπερβαίνει το φυσιολογικό πλαίσιο της οικονομικής και κοινωνικής ζωής, β) η συνδρομή κατεπείγουσας ανάγκης, μη συμβιβαζόμενης με τις προθεσμίες που τάσσονται για τις άλλες διαδικασίες, γ) η ύπαρξη αιτιώδους συνάφειας μεταξύ του απρόβλεπτου γεγονότος και της απορρέουσας από αυτό κατεπείγουσας ανάγκης, δ) η συνδρομή των περιστάσεων που επικαλούνται οι αναθέτουσες Αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμμία περίπτωση να απορρέει από δική τους ευθύνη (όπως ιδίως η έλλειψη προγραμματισμού και έγκαιρης προετοιμασίας ή ακόμη και η

γενικότερη αβελτηρία της, βλ. Γνμδ ΝΣΚ 193/2010) και, τέλος, ε) η ανάθεση της εν λόγω σύμβασης να γίνεται στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο (ΕλΣυν 935/2013 VI Τμ. και ΕλΣυν 247, 249/2010 Πράξεις του VI Τμ.). [961/2021 ΑΕΠΠ]. Εν προκειμένω, όμως, δεν προκύπτει ότι συντρέχουν οι αυστηρές και περιοριστικά απαριθμούμενες προϋποθέσεις του άρθρου 32 παρ. 2 γ) του Ν. 4412/2016, για την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της ανάθεσης σύμβασης με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης και, ως εκ τούτου, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας τυγχάνουν απορριπτέοι. Συνεπώς, ο δεύτερος λόγος της προσφυγής είναι απορριπτέος.

19. Επειδή, ως προς τους ισχυρισμούς που προβάλλει η προσφεύγουσα με τον τρίτο λόγο της προσφυγής, ήτοι για «*την απαίτηση μόνο original για τις ομάδες 8 έως 10*», λεκτέα τα εξής: Η αναθέτουσα Αρχή, βάσει των αναλυτικώς εκτεθέντων στη σκ. 17, αιτιολογεί κατά τρόπο επαρκή και πρόσφορο την επιλογή της να απαιτεί μελάνια- toner γνήσια συγκεκριμένων κατασκευαστικών οίκων, εφ' όσον πρόκειται για αναλώσιμα υφιστάμενων μηχανημάτων, και όχι αναγομωμένα/ανακατασκευασμένα, ενώ οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί μη απόδειξης των ισχυρισμών της αναθέτουσας Αρχής προβάλλονται αλυσιτελώς, καθώς η ίδια η προσφεύγουσα φέρει προεχόντως το βάρος απόδειξης των υποστηριχθέντων από αυτήν και ανταπόδειξης των ισχυρισμών της αναθέτουσας Αρχής. Περαιτέρω, η εμπειρική γνώση της αναθέτουσας, ως προς την χρηστικότητα ή/και τυχόν πρόκληση μηχανικών προβλημάτων από την χρήση αναγομωμένων μελανιών, δύναται ευλόγως να αποτελέσει τη βάση της κρίσης της περί διαμόρφωσης συγκεκριμένων προδιαγραφών. Σε κάθε περίπτωση, απαραδέκτως προβάλλονται, κατ' επίκληση του εγγράφου εργασίας της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, ισχυρισμοί περί ακύρωσης των εγγυήσεων σε περίπτωση χρήσης ανακατασκευασμένων αναλωσίμων, καθώς εμπίπτει στον σκληρό πυρήνα της σκοπιμότητας της αναθέτουσας Αρχής (πρβλ. ΕΑ 354/2014, 257/2010), ενώ δεν προκύπτει από το επικαλούμενο έγγραφο η υποχρέωση, άνευ ετέρου, προμήθειας, εκ μέρους των φορέων του δημοσίου, αναγομωμένων μελανιών έναντι γνησίων (790/2021 ΑΕΠΠ). Συνεπώς, και οι οικείοι ισχυρισμοί και κατ' ακολουθία ο τρίτος λόγος της προσφυγής είναι απορριπτέοι.

20. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

21. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο, που κατέβαλε η προσφεύγουσα, κατά τις διατάξεις των άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 22 Νοεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 12 Δεκεμβρίου 2022 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ