

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 1^η Ιουνίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου - Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει την, από 24.04.2023, προδικαστική προσφυγή με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 586/25.04.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ν.π.δ.δ. με την επωνυμία Δήμος ... (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται όπως ακυρωθούν συγκεκριμένες τεχνικές προδιαγραφές της με αριθμ. πρωτ.2023 διακήρυξης, που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με τίτλο: «Προμήθεια και εγκατάσταση εξοπλισμού για την εξυπηρέτηση των ΑμεΑ, στο πλαίσιο της ανάπτυξης του τουρισμού ειδικών απαιτήσεων αλλά και της εξυπηρέτησης των κατοίκων της περιοχής», εκτιμώμενης αξίας 118.752,00 ευρώ με το Φ.Π.Α. (13,24%), κωδικός CPV: ... («Εξοπλισμός για άτομα με ειδικές ανάγκες»), με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής (συστημικός αριθμός ΕΣΗΔΗΣ:).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Αν. Χαραλαμποπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ...,

ποσού εξακοσίων ευρώ (600,00€) αναλογούν παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την, από 24.04.2023, προδικαστική προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ 586/25.04.2023, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Αρχής, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα προσβάλλει την ως άνω διακήρυξη, καθόσον η κατ' αυτής προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (γ) του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (γ) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής αναρτήθηκε στο σύστημα ΚΗΜΔΗΣ στις 29.03.2023 και στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 30.03.2023.

4. Επειδή, η προσφεύγουσα η οποία δραστηριοποιείται στο υπό ανάθεση αντικείμενο, στρέφεται κατά συγκεκριμένων τεχνικών προδιαγραφών του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης, οι οποίες είναι καταχρηστικές, αφού, ως υποστηρίζει, «φωτογραφίζουν» το προϊόν συγκεκριμένης εταιρείας, εισάγοντας έτσι δυσμενή διάκριση σε βάρος των λοιπών ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων. Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016, καθόσον στο Παράρτημα Ι (Μελέτη, Α.Μ 19/2020) της εν θέματι διακήρυξης τέθηκαν τεχνικές προδιαγραφές που «φωτογραφίζουν» ευθέως τη βοηθητική διάταξη «...» της ανταγωνίστριας της εταιρείας με τον διακριτικό τίτλο «...», αφού, κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και του ανόθευτου ανταγωνισμού, ζητείται η προμήθεια βοηθητικής διάταξης, ο μηχανισμός κίνησης της οποίας θα πρέπει να διαρθρώνεται αποκλειστικά σε «σιδηροτροχιές – ράγες», ήτοι, θα πρέπει να φέρει χαρακτηριστικά, τα οποία, ωστόσο, διαθέτει μόνο το προϊόν της ως άνω εταιρείας, χωρίς ουδόλως να αιτιολογείται η θέσπισή τους από την αναθέτουσα αρχή, η οποία δεν έθεσε τη φράση: «ή ισοδύναμο» στους επίμαχους όρους, κατά παράβαση του άρθρου 54 παρ. 4 του ν. 4412/2016.

Επισημαίνεται στο σημείο αυτό, ότι 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 την προσφυγή κατά όρων διακήρυξης, ο προσφεύγων πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣτΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, «Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων», Β' έκδοση, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2017, σελ. 756). Επισημαίνεται, επίσης, ότι ως επίκληση βλάβης, νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο προβολή παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά η επίκληση των συγκεκριμένων και αρκούντως εξειδικευόμενων (και τεκμηριωμένων, ενόψει των συνθηκών) στοιχείων, που αφορούν τη νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου ενδιαφερόμενου, εκ των οποίων, είτε αποκλείεται, είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή του στον διαγωνισμό, είτε προδιαγράφεται (άμεσα ή έμμεσα) εις βάρος του το αποτέλεσμα του, λόγω αδυναμίας του να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις, ανεξαρτήτως της μη συμμετοχής της στην ένδικη διαδικασία (ΣτΕ 1259/2019), ενώ περαιτέρω, εάν, εν συνεχεία, λάβει μέρος στον διαγωνισμό, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, η συμμετοχή του στο διαγωνισμό να συνοδεύεται από την διατύπωση επιφυλάξεως ως προς τη νομιμότητα του όρου ή των όρων της διακήρυξης από τους οποίους βλάπτεται (βλ. Ε.Α. 352/2018, 86/2018, ΔΕφΑΘ (Αναστ.) 44/2015, (Ασφ) 561/2013, ΣτΕ(ΕΑ) 314/2013, ΣτΕ (ΕΑ) 472/2012, ΣτΕ 1415/2008 Ολομ. κλπ, πρβλ., επίσης, αποφάσεις Α.Ε.Π.Π 578/2018, Α370/2019. Α129/2021 κλπ).

Περαιτέρω, ως ομοίως έχει κριθεί, κατά την έννοια των διατάξεων του ν. 4412/2016, εάν η ταχθείσα με τη διακήρυξη προθεσμία για την υποβολή προσφοράς ή αιτήσεως συμμετοχής έχει λήξει, προτού εκδικασθεί η αίτηση

παροχής προσωρινής προστασίας και ο αιτών δεν έχει λάβει μέρος στον διαγωνισμό, έστω με επιφύλαξη, το έννομο συμφέρον του προς άσκηση αιτήσεως αναστολής κατά της διακήρυξης διατηρείται μόνον εφ' όσον προβάλλει ότι η διακήρυξη περιλαμβάνει όρο, ο οποίος αποκλείει παρανόμως τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό ή καθιστά ανέφικτη ή ουσιωδώς δυσχερή την εκ μέρους του υποβολή προσφοράς ή αιτήσεως συμμετοχής (βλ. ΣΤΕ 1259/2019, 4606/2012, 1987/2011). Εν όψει των ανωτέρω, η προσφεύγουσα θεμελιώνει άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής. Και τούτο, διότι, η εν λόγω εταιρεία αφενός μεν, προσδιορίζει επαρκώς ότι στην ένδικη διακήρυξη περιλαμβάνονται τεχνικές απαιτήσεις, οι οποίες δυσχεραίνουν ουσιωδώς ή/και αποκλείουν την συμμετοχή της στον διαγωνισμό, αφετέρου δε, διότι υπέβαλε προσφορά με επιφύλαξη ως προς τη νομιμότητα των προσβαλλόμενων όρων, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών του Δήμου

5. 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 201/2017, 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 303/2020, 124/2015, 9/2015, 415/2014, 354/2014, 3719/2011, 676/2011 κλπ).

6. Επειδή, στο άρθρο 54 «Τεχνικές προδιαγραφές (άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» παρ. 4 του ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «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.».

7. Επειδή, η οικεία αναθέτουσα αρχή απέστειλε το, από 09.05.2023 έγγραφο απόψεων σε σχέση με την υπό κρίση προσφυγή, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

8. Επειδή, στις 15.05.2023 η προσφεύγουσα υπέβαλε εμπροθέσμως υπόμνημα, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε και ισχύει, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

9. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης, προκύπτουν τα εξής: Α) Στην παράγραφο Α «Προτεινόμενος εξοπλισμός» της ενότητας «Τεχνικές Προδιαγραφές» του Παραρτήματος Ι (Μελέτη, Α.Μ. 19/2020) της διακήρυξης (βλ. σελ. 67), προβλέπεται ότι: «1.1 Η προτεινόμενη διάταξη θα αποτελείται κατ' ελάχιστον από: ...• Αρθρωτοί σιδηρόδρομοι (ράγες) και παρελκόμενα αυτών (ντίζες, καλύμματα κλπ)»... Στον μηχανισμό κίνησης θα συνδέονται οι σιδηροτροχιές – ράγες της διάταξης έως ότου αυτές φτάσουν εντός της θάλασσας. Επάνω στις ράγες θα τοποθετηθεί ένα ειδικά διαμορφωμένο κάθισμα το οποίο με την προσαρμογή κατάλληλου φορείου θα ολισθαίνει κατά το μήκος των ραγών... Στο εσωτερικό του πύργου ελέγχου θα είναι τοποθετημένος ο μηχανισμός κίνησης και η κεντρική μονάδα ελέγχου με τα συστήματα ασφαλείας και τους απαραίτητους αυτοματισμούς. Σε αυτόν θα συνδέονται με κατάλληλο τρόπο ανά τμήματα οι σιδηροτροχιές – ράγες της διάταξης έως ότου αυτές φτάσουν εντός της θάλασσας και σε κατάλληλο μήκος εντός αυτής. Επάνω στις ράγες θα τοποθετηθεί ένα ειδικά διαμορφωμένο κάθισμα το οποίο με την προσαρμογή κατάλληλου φορείου θα ολισθαίνει κατά το μήκος των ραγών...».

Επίσης, στην παράγραφο 1.2. «Τεχνικές Προδιαγραφές, Διαστάσεις - Απαιτήσεις» του ως άνω Παραρτήματος (βλ. σελ. 71), προβλέπεται ότι: «Οι ράγες της μη μόνιμης, συναρμολογούμενης διάταξης για την αυτόνομη πρόσβαση ΑμεΑ στη θάλασσα πρέπει να είναι αρθρωτά τμήματα, κατασκευασμένα από ανοξείδωτο χάλυβα, σε κατάλληλο μήκος τα οποία συνδεόμενα μεταξύ τους θα μπορούν να φτάσουν στο επιθυμητό συνολικό μήκος (ανάλογα με τις απαιτήσεις της παραλίας που θα τοποθετηθεί), ώστε να καταλήγουν μέσα στο υδάτινο στοιχείο. Στο τελευταίο τμήμα εντός της θάλασσας θα προσαρμόζεται χειρολισθήρας. Ο τρόπος σύνδεσης των τμημάτων χρειάζεται να είναι εύκολος και να εξασφαλίζει τη συνέχεια του μηχανισμού. Οι αρθρωτοί σιδηροδρομοράγες που διαμορφώνουν την τροχιά/διαδρομή μέχρι το τερματικό σημείο χρειάζεται να καλύπτονται από καλύμματα κατάλληλα για χρήση σε θαλάσσιο περιβάλλον (πχ. από ανοξείδωτο χάλυβα, εμποτισμένη ξυλεία, πολυμερή υλικά, κλπ), έτσι ώστε να προστατεύονται οι χρήστες από τα κινητά μέρη. Οι ράγες στο άνω σημείο θα συνδέονται κατάλληλα και με ασφάλεια στον πύργο της διάταξης όπου θα βρίσκεται ο μηχανισμός κίνησης του φορείου. Το φορείο, το οποίο θα ολισθαίνει κατά μήκος των ραγών, απαιτείται να είναι κατασκευασμένο από ανοξείδωτο χάλυβα, οι δε τροχοί αυτού να είναι κατάλληλης αντοχής και κατάλληλου υλικού για την καλύτερη ολίσθηση χωρίς ιδιαίτερους θορύβους. Το σύστημα της σιδηροτροχιάς θα περιλαμβάνει κατάλληλα διαμορφωμένα τμήματα ώστε να μπορεί αυτή να προσαρμοστεί στις ενδεχόμενες κλήσεις της παραλίας που θα τοποθετηθεί...».

Κατόπιν υποβολής του, από 19.04.2023, ερωτήματος της προσφεύγουσας, με το οποίο ζήτησε να διευκρινισθεί η έννοια του όρου: «σιδηροτροχιά – ράγα», που τέθηκε σε πλείστα σημεία του Παραρτήματος Ι και πιο συγκεκριμένα «εάν με τον όρο αυτό νοούνται τα μεταλλικά τμήματα του συστήματος κύλισης του αμαξιδίου της μη μόνιμης συναρμολογούμενης διάταξης για την αυτόνομη πρόσβαση ΑμεΑ στη θάλασσα και εάν όχι να διευκρινίσετε αν θα γίνει δεκτή ισοδύναμη λύση.», η αναθέτουσα αρχή με το με αρ. πρωτ. .../21.04.2023 έγγραφό της με θέμα: «Διευκρινήσεις για το διαγωνισμό με συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ...», απάντησε ότι: «Δεν θα γίνει δεκτή διάταξη που δεν είναι σύμφωνη με τις τεχνικές προδιαγραφές της μελέτης».

Β) Από τη διατύπωση των ανωτέρω, επί ποινή αποκλεισμού τιθέμενων τεχνικών όρων, ως αυτοί περαιτέρω διευκρινίσθηκαν από την αναθέτουσα αρχή, προκύπτει σαφώς ότι το σύστημα κύλισης της υπό προμήθεια διάταξης για την αυτόνομη πρόσβαση των ΑμεΑ στη θάλασσα θα πρέπει, μεταξύ άλλων, να διαρθρώνεται σε «σιδηροτροχιές -ράγες» και ότι ουδεμία άλλη (ισοδύναμη) τοποθέτηση ραγών στο προσφερόμενο μηχάνημα δεν θα γίνει αποδεκτή στην εν θέματι διαγωνιστική διαδικασία. Επομένως, ως βασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, οι επίμαχες τεχνικές απαιτήσεις «φωτογραφίζουν» το προϊόν «...» της εταιρείας «...», για το οποίο έχει κατοχυρωθεί η υπ' αριθμ. ... ευρεσιτεχνία, με τίτλο: «Μη μόνιμη συναρμολογούμενη διάταξη για αυτόνομη πρόσβαση σε υδάτινο περιβάλλον ατόμων με ειδικές ανάγκες», ως, εξάλλου, προκύπτει και από την ιστοσελίδα της ανωτέρω εταιρείας (...), στην οποία αναφέρεται ότι το εν λόγω προϊόν διαθέτει την ελληνική πατέντα Νο ..., την αμερικανική πατέντα ... και την εφαρμογή EPO NoEP Επιπροσθέτως, από τα στοιχεία της εν λόγω υπόθεσης προκύπτει ότι ο Οργανισμός Βιομηχανικής Ιδιοκτησίας (ΟΒΙ) έχει αποδώσει το ανωτέρω δίπλωμα ευρεσιτεχνίας στο Πανεπιστήμιο Πατρών ότι και η εταιρεία «...» είναι κάτοχος της, από 15.03.2012, αποκλειστικής άδειας χρήσης του αντικειμένου του διπλώματος ευρεσιτεχνίας του ως άνω Πανεπιστημίου. Στο εν λόγω δίπλωμα ευρεσιτεχνίας αναφέρεται ότι: «[...] Η εφεύρεση αναφέρεται σε συσκευή που παρέχει την δυνατότητα σε άτομα με ειδικές ανάγκες (ΑΜΕΑ) κυρίως κινητικά προβλήματα στα κάτω άκρα να έχουν πρόσβαση στην θάλασσα χωρίς την ανάγκη βοήθειας συνοδού ατόμου. Σύμφωνα με την εφεύρεση αυτό επιτυγχάνεται με τη χρήση ενός μηχανισμού τύπου ράγας, ο οποίος θα συναρμολογείται εύκολα στην παραλία. Η ράγα θα λειτουργεί ως σταθερή τροχιά για ένα συρμό που θα κινείται επί αυτής. Το σημείο έναρξης της τροχιάς βρίσκεται σε απόσταση από την ακτογραμμή, σε θέση όπου μπορεί ο χρήστης να έχει πρόσβαση με το αμαξίδιο του. Το τέλος της τροχιάς βρίσκεται μέσα στη θάλασσα σε κατάλληλο σημείο όπου το βάθος είναι ικανό ώστε το ΑΜΕΑ να μπορεί να κολυμπήσει χωρίς προβλήματα [...]

Αξιώσεις 1. Αξιούται μη μόνιμη συναρμολογούμενη διάταξη για αυτόνομη πρόσβαση σε υδάτινο περιβάλλον ατόμων με ειδικές ανάγκες, η οποία αποτελείται από συναρμολογούμενη ράγα (1), συρμό (2), που κινείται επί της αναφερόμενης ράγας (1) και σταματάει σε επιλεγμένη κατά βούληση θέση

μέσα στο νερό, η εν λόγω κίνηση του συρμού (2) παρέχεται από μηχανισμό κίνησης (4) και ελέγχεται από σύστημα ελέγχου. 2. Αξιούται μη μόνιμη συναρμολογούμενη διάταξη για αυτόνομη πρόσβαση σε υδάτινο περιβάλλον ατόμων με ειδικές ανάγκες σύμφωνα με την αξίωση 1 χαρακτηρίζεται από μία ράγα (1) η οποία δεν είναι μόνιμα τοποθετημένη στην παραλία και αποτελείται από μικρότερα τμήματα που συναρμολογούνται και μεταφέρονται εύκολα [...]». Τα ανωτέρω αναφερόμενα επιβεβαιώνονται και από την υπ' αριθμ. ... αίτηση για χορήγηση διπλώματος ευρεσιτεχνίας (ΔΕ) ή διπλώματος τροποποίησης (ΔΤ) ή πιστοποιητικού υποδείγματος χρησιμότητας (ΠΥΧ) και την σχετική έκθεση έρευνας.

Εν όψει των ανωτέρω, προκύπτει ότι οι τεθείσες τεχνικές προδιαγραφές παραβιάζουν ευθέως τις θεμελιώδεις αρχές της ίσης μεταχείρισης, της απαγόρευσης των διακρίσεων και του ανόθευτου ανταγωνισμού που διέπουν τους δημόσιους διαγωνισμούς και τούτο, διότι «φωτογραφίζουν» ένα και μόνο προϊόν της αγοράς, το οποίο καλύπτεται από δίπλωμα ευρεσιτεχνίας, με συνέπεια, να προσδίδεται αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα σε συγκεκριμένο οικονομικό φορέα («...»), σε βάρος των λοιπών ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, η συμμετοχή των οποίων καθίσταται εν τοις πράγμασι αδύνατη, άλλως, ουσιαδώς δυσχερής, αφού η κατοχύρωση της επίμαχης ευρεσιτεχνίας εμποδίζει τις λοιπές εταιρείες του οικείου κλάδου να προβούν στην κατασκευή του περιγραφόμενου στο Παράρτημα Ι προϊόντος. Ως εκ τούτου, κρίνεται βάσιμος ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, κατά τον οποίον: «Το γεγονός ότι υπάρχει σχετική πατέντα και μάλιστα, παγκόσμια, όπως δηλώνει η ίδια η κατασκευάστρια εταιρία, όχι μόνο αποκλείει κάθε άλλο προϊόν της αγοράς, αλλά αποκλείει και το δικαίωμα κατασκευής του προϊόντος. Η κατασκευή αυτή παρ' ότι δεν παρουσιάζει καμία δυσκολία, είναι αδύνατον να κατασκευασθεί από άλλον πλην της ευνοούμενης εταιρίας, δεδομένου ότι προστατεύεται από σχετική ευρεσιτεχνία. [...]».

Περαιτέρω, μολονότι οι προσβαλλόμενες τεχνικές προδιαγραφές ταυτίζονται με αυτές που διαθέτει το προϊόν «...» (ως ευχερώς προκύπτει από τα τεχνικά φυλλάδια του προϊόντος, αλλά και από το δίπλωμα ευρεσιτεχνίας που κατοχυρώθηκε για το συγκεκριμένο προϊόν), στην προσβαλλόμενη διακήρυξη δεν έχει τεθεί ο όρος «ή ισοδύναμο» σε σχέση με την προσβαλλόμενη απαίτηση περί διάθεσης «ράγας-σιδηροτροχιάς», κατά

παράβαση της διάταξης του άρθρου 54 παρ. 4 του ν. 4412/2016. Τούτο έχει ως αποτέλεσμα, να καθίσταται αδύνατη η προσφορά προϊόντος διαφορετικής (σε σχέση με την περιγραφόμενη στις οικείες προδιαγραφές) κατασκευής, ακόμη και εάν με αυτό το προϊόν ικανοποιείται εξίσου ο δημόσιος σκοπός της εν θέματι αγωνιστικής διαδικασίας. Επομένως, δια της θέσπισης των επίμαχων τεχνικών προδιαγραφών, αποκλείεται ή δυσχεραίνεται ουσιαστικά η συμμετοχή των οικονομικών φορέων (όπως, άλλωστε, και της προσφεύγουσας, η οποία, σημειωτέον, προσφέρει τη βοηθητική διάταξη «...», ήτοι, μια κατασκευή πτυσσόμενου διαδρόμου για την πρόσβαση των ατόμων με κινητικά προβλήματα στη θάλασσα, που είναι σύμφωνη με την οδηγία 2006/42/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 17^{ης} Μαΐου 2006 σχετικά με τα μηχανήματα και την τροποποίηση της οδηγίας 95/16/EK), που προτίθενται να προσφέρουν διαφορετικές, μη μόνιμες βοηθητικές διατάξεις, που είναι, ωστόσο, κατάλληλες και επαρκείς, όπως για παράδειγμα, διατάξεις με σταθερώς συνδεδεμένα μεταξύ τους τμήματα ραγών, τα οποία, όμως, είναι πτυσσόμενα, δηλαδή, αντί να συναρμολογούνται μεταξύ τους και να αποσυναρμολογούνται, αναδιπλώνονται και ανοίγουν σε σταθερή ευθεία διάταξη (σε σειρά μεταξύ τους), ενώ με το πέρας της χρήσης του συστήματος κύλισης, αναδιπλώνονται το ένα πάνω στο άλλο.

Θα πρέπει, επίσης, να σημειωθεί ότι ακόμη και υπό την εκδοχή ότι μόνο οι επίμαχες τεχνικές προδιαγραφές ικανοποιούν της απαιτήσεις του Δήμου ..., ουδόλως τεκμηριώνεται, εν προκειμένω, για ποιον λόγο οι απαιτήσεις του Δήμου καλύπτονται μόνο από προϊόν που αναπτύσσεται σε αρθρωτούς σιδηρόδρομους-ράγες ή για ποιον λόγο απαιτείται αποκλειστικά το χαρακτηριστικό «σιδηρόδρομος-ράγα», το οποίο απαντάται αποκλειστικά και μόνο στο προϊόν «...» της εταιρείας «...». Ως δε βασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, το ότι οι προσβαλλόμενοι τεχνικοί όροι «φωτογραφίζουν» το προϊόν «...» της ως άνω εταιρείας επιρρωνύεται και από το γεγονός ότι στην τεχνική μελέτη της εν θέματι διακήρυξης εμπεριέχονται φωτογραφίες από το συγκεκριμένο μηχάνημα (βλ. σελ. 69 της διακήρυξης), απορριπτομένων των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής, κατά τις οποίους: *«Οι φωτογραφίες που περιέχονται στην μελέτη έχουν ληφθεί από το διαδίκτυο (κατά την διάρκεια της έρευνας που διενεργήθηκε για την συγκεκριμένη προμήθεια) και δεν υπάρχει κανένα «διακριτικό» το οποίο να υποδηλώνει τον κατασκευαστή της εν λόγω*

διάταξης. Ως εκ τούτου είναι ενδεικτικές και δεν αφορούν μόνο σε μηχανήματα συγκεκριμένης εταιρείας...». Ομοίως, αλυσιτελώς προβάλλεται από τον υπόψη Δήμο ότι «...οι μόνοι που μπορούν να αναγνωρίσουν το προϊόν από φωτογραφία χωρίς διακριτικά είναι όσοι δραστηριοποιούνται στον χώρο και έχουν γνώση των ανταγωνιστικών προϊόντων. Ο Δήμος ..., μην έχοντας προμηθευτεί στο παρελθόν αντίστοιχο προϊόν, δεν είναι σε θέση να το πράξει αυτό. [...]».

Τέλος, επισημαίνεται ότι 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 την προμήθεια αγαθών, υπηρεσιών και έργων με τους βέλτιστους ποιοτικά και οικονομικά όρους. Υπό το πρίσμα δε της αρχής του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, τα κριτήρια επιλογής που θέτει η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή, ακόμη και εάν καταρχήν παρίστανται ως θεμιτά, δεν θα πρέπει να διατυπώνονται με τρόπο τέτοιο, ώστε να αποκλείουν υποψηφίους αναδόχους, οι οποίοι διαθέτουν την απαιτούμενη ικανότητα και οι οποίοι, υπό άλλες ενδεχομένως προϋποθέσεις, θα μπορούσαν να συμμετάσχουν στη διαδικασία, ενισχύοντας με τον τρόπο αυτόν τον ανταγωνισμό.

Με βάση τα προαναφερόμενα και λαμβανομένου υπόψη ότι: i) ως παγίως έχει κριθεί από τη νομολογία (Ε.Α ΣτΕ Β' Τμήμα 1135/2010), οι όροι διακήρυξης διαγωνισμού για την ανάθεση σύμβασης δημόσιας προμήθειας θα πρέπει να μην παραβιάζουν τις θεμελιώδεις αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των επιχειρηματιών (βλ., μεταξύ άλλων, απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, σκ. 110, απόφαση της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, σκ. 33, απόφαση της 22ας Ιουνίου 1993, Επιτροπή κατά Δανίας, C-243/89, σκ. 33, απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, σκ. 51 κλπ) και ii) οι επίμαχες τεχνικές απαιτήσεις – βάσει των οποίων ο μηχανισμός κίνησης της υπό προμήθεια βοηθητικής διάταξης θα πρέπει να διαρθρώνεται αποκλειστικά σε «σιδηροτροχιές – ράγες» – παραπέμπουν ευθέως στο προϊόν «...» της εταιρείας «...», το οποίο έχει κατοχυρωθεί με δίπλωμα ευρεσιτεχνίας και το οποίο διαθέτει ως βασικό χαρακτηριστικό τη «σιδηροτροχιά -ράγα», θα πρέπει να ακυρωθούν ως μη νόμιμες και ως καταχρηστικές, διότι περιορίζουν υπέρμετρα τον ανταγωνισμό στον παρόντα

διαγωνισμό, ήτοι, τη συμμετοχή μεγάλου αριθμού οικονομικών φορέων, οι οποίοι είναι σε θέση να εκτελέσουν αποτελεσματικά την οικεία σύμβαση, προσφέροντας βοηθητική διάταξη που φέρει διαφορετική (σε σχέση με την περιγραφόμενη στην οικεία τεχνική μελέτη) κατασκευή.

10. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή.

11. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, θα πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ 39/2017).

12. Επειδή, ενόψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δημόσιας προμήθειας, σε περίπτωση, όπως η παρούσα, ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της διακήρυξης, που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών, όπως στην επίμαχη διακήρυξη, θα πρέπει να ακυρωθεί η διακήρυξη στο σύνολό της (πρβλ. ΣΤΕ 1135/2010, ΕΑ 1089/2009, ΣΤΕ 2951-52/2004 επταμ. και απόφαση ΔΕΕ της 4^{ης} Δεκεμβρίου 2003, υπόθεση C448/2001, ENV AG Wienstrom GmbH κ.λπ., σκ. 92-95). Συνεπώς, καθόσον είναι ακυρωτέοι ουσιώδεις όροι της επίμαχης διακήρυξης και δη τεχνικοί όροι, οι οποίοι ρητώς και σαφώς έχουν τεθεί επί ποινή αποκλεισμού [βλ. Παράρτημα Ι (Μελέτη, Α.Μ. 19/2020)], σύμφωνα με τα ως άνω προεκτεθέντα, η προσβαλλόμενη διακήρυξη θα πρέπει να ακυρωθεί στο σύνολό της.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει εν συνόλω την με αριθμ. πρωτ. ../....2023 διακήρυξη του Δήμου ..., που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με τίτλο: «Προμήθεια και εγκατάσταση εξοπλισμού για την εξυπηρέτηση των ΑμεΑ, στο πλαίσιο της ανάπτυξης του τουρισμού ειδικών απαιτήσεων αλλά και της εξυπηρέτησης των κατοίκων της περιοχής», κατά το σκεπτικό της παρούσας απόφασης.

Διατάσσει την επιστροφή του προσκομισθέντος παραβόλου, ποσού εξακοσίων ευρώ 600,00€.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 1^η Ιουνίου 2023 και εκδόθηκε στις 21 Ιουνίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ