

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 28 Δεκεμβρίου 2017 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αποκάρδου Πρόεδρος-Εισηγήτρια, Χρυσάνθη Ζαράρη κι Ευαγγελία Μιχολίτση, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 20.11.2017 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 268/22.11.2017 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) Ι/45/22.11.2017 της προσφεύγουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στο, οδός, ΤΚ, νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του ΓΕΝΙΚΟΥ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟΥ ΠΕΙΡΑΙΑ «ΤΖΑΝΕΙΟ» και

Κατά της παρεμβαίνουσας εταιρείας που εδρεύει στην, οδός, ΤΚ., νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η αιτούσα επιδιώκει να ακυρωθούν οι τεχνικές προδιαγραφές με Α/Α 1,6, 8-10, 13, 16-18, 22, 25-31, 39-41, 43, 47, 51-52, 54, 56-58 και 80 της υπ'αριθμ. 5/2017 διακήρυξης και να επαναδιατυπωθούν σύμφωνα με το περιεχόμενο που προτείνει στο πλαίσιο δημόσιου διεθνούς ανοιχτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την προμήθεια ΕΡΓΑΛΕΙΩΝ ΧΕΙΡΟΥΡΓΕΙΟΥ (ΣΥΡΡΑΠΤΙΚΑ-ΛΑΠΑΡΟΣΚΟΠΙΚΑ), (CPV 33162200-5 Εργαλεία χειρουργείου), με κριτήριο κατακύρωσης τη συμφερότερη προσφορά βάσει χαμηλότερης τιμής, προϋπολογισμού 1.170.000,00 συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ για δύο (2) χρόνια.

Με την παρέμβαση η παρεμβαίνουσα εταιρεία αιτείται την απόρριψη της υπό εξέταση προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος των προσβαλλόμενων τεχνικών προδιαγραφών και, εν γένει, της εν θέματι Διακήρυξης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ειρήνη Αποκάρδου

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός απόφασης: 39/2018

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017 παράβολο, ύψους 4.178,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 174846122958 01115 0049, αποδεικτικό ηλεκτρονικής πληρωμής στην ALPHA BANK της 16/11/2017, επικυρωμένη εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών ότι το ως άνω παράβολο, υπό τον αντίστοιχο Κωδικό, φέρει την ένδειξη «πληρωμένο» και τη βεβαίωση της αρμόδιας υπαλλήλου της ΑΕΠΠ περί ελέγχου και δέσμευσης από την Υπηρεσία του ως άνω παραβόλου).

2.Επειδή με την υπ'αριθμ. 5/2017 Διακήρυξη προκηρύχθηκε από το ΓΕΝΙΚΟ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟ ΠΕΙΡΑΙΑ «ΤΖΑΝΕΙΟ» δημόσιος διεθνής ανοιχτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την προμήθεια ΕΡΓΑΛΕΙΩΝ ΧΕΙΡΟΥΡΓΕΙΟΥ (ΣΥΡΡΑΠΤΙΚΑ-ΛΑΠΑΡΟΣΚΟΠΙΚΑ), (CPV 33162200-5 Εργαλεία χειρουργείου), με κριτήριο κατακύρωσης τη συμφερότερη προσφορά βάσει χαμηλότερης τιμής, προϋπολογισμού 1.170.000,00 συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ για δύο (2) χρόνια με καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών την 14-12-2017, ημέρα ΠΕΜΠΤΗ και ώρα 14:00 και ημερομηνία διεξαγωγής του διαγωνισμού την 20-12-2017, ημέρα ΤΕΤΑΡΤΗ και ώρα 10:00.

3. Επειδή η προκήρυξη της ως άνω σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 29/06/2017 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης (2017/S 115-232443) καθώς και η μετάθεση της ημερομηνίας διενέργειας στις 30-10-2017 και το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) (αριθμ. εγκεκρ. αιτήματος 17REQ002150267 και μετάθεσης ημερομηνίας 17PROC002196223/1-11-2017) και αυθημερόν στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. όπου έλαβε το συστημικό αριθμό συστήματος ΕΣΗΔΗΣ 45450.

4. Επειδή η προσφεύγουσα κατέθεσε στις 20-11-2017 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) την υπό κρίση προσφυγή της και την κοινοποίησε στην ΑΕΠΠ αυθημερόν.

Αριθμός απόφασης: 39/2018

5. Επειδή στις 23-11-2017 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη, από το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017, κοινοποίηση της υπό κρίση προσφυγής σε όλους τους ενδεχόμενα ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού μέσω της «Επικοινωνίας».

6. Επειδή στις 30-11-2017 η αναθέτουσα αρχή ανάρτησε στο διαδικτυακό τόπο του ΕΣΗΔΗΣ μέσω της «Επικοινωνίας», το υπ' αριθμ. 16316/29-11-2017 έγγραφό της με τις απόψεις της προς στην ΑΕΠΠ καθώς και τον φάκελο της υπόθεσης κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 9 παρ. 1 β του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή την 1η-12-2017 εισήχθη προς κρίση το αίτημα αναστολής το οποίο η προσφεύγουσα ενσωμάτωσε στην εξεταζόμενη προσφυγή της μετά τις με αριθμ. Πρωτ. Πράξεις της Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου Οικ. 877/23-11-2017 περί κλήσης της αναθέτουσας αρχής να καταθέσει επί αυτού τις απόψεις της και Οικ. 876/23-11-2017 περί ορισμού ημερομηνίας εξέτασης της ως άνω προδικαστικής προσφυγής και εισηγητή, και εξεδόθη η υπ' αριθμ. Α63/2017 απόφαση με την οποία διετάχθη η αναστολή της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας ορίζοντας ότι η υποβολή προσφορών παρατείνεται έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής.

8. Επειδή στις 4-12-2017 η εταιρεία με την επωνυμία άσκησε την υπ' αριθμ. ΓΑΚ ΠΑΡ/85/5-12-2017 παρέμβαση, η οποία κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο αυθημερόν.

9. Επειδή στις 19-12-2017 η προσφεύγουσα υπέβαλε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού υπόμνημα συνοδευόμενο από έγγραφα αντικρούοντας τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής και προς περαιτέρω υποστήριξης της προσφυγής της, το οποίο κοινοποίησε αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ.

10. Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του Ν.4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι: *«1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας,*

Αριθμός απόφασης: 39/2018

υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

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

12. Επειδή, η προσφεύγουσα έχει, κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής ως ενδεχόμενα βλαπτόμενη εφόσον δραστηριοποιείται στον τομέα που αποτελεί το αντικείμενο της επίμαχης προμήθειας προμηθεύοντας τον οικείο ιατροτεχνολογικό εξοπλισμό, επιθυμεί να συμμετάσχει με σκοπό την ανάθεση σε αυτήν της εν λόγω προμήθειας και επικαλείται συγκεκριμένους όρους της οικείας διακήρυξης σχετικούς με τις τεχνικές προδιαγραφές, οι οποίοι παραβιάζουν, κατά τους ισχυρισμούς της, τους οικείους κανόνες σε βαθμό που να αποκλείεται εξ αρχής η συμμετοχή της στο διαγωνισμό ενώ επιτρέπουν τη συμμετοχή ενός μόνου κατονομαζόμενου στην προσφυγή οικονομικού φορέα.

13. Επειδή ο επίδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του αλλά και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης σύμφωνα με όσα εκτέθηκαν ανωτέρω, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016. Επομένως, νομίμως ασκείται η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή στην οποία η προσφεύγουσα ενσωμάτωσε και αίτημα αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων.

14. Επειδή η κρινόμενη προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα και με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και είναι νομίμως υπογεγραμμένη.

15. Επειδή σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 367 του Ν.4412/2016 και την παρ.4 του άρθρου 18 του ΠΔ 39/2017 ορίζεται ότι: «*Επί αποδοχής*

Αριθμός απόφασης: 39/2018

προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια». Επομένως, η υπό εξέταση προσφυγή ασκείται απαραδέκτως στο βαθμό που αιτείται την τροποποίηση των προσβαλλόμενων όρων της Διακήρυξης, διότι τούτο εκφεύγει, σε κάθε περίπτωση, της καθ' ύλην αρμοδιότητας της ΑΕΠΠ.

16. Επειδή δεν προβλέπεται στο οικείο νομοθετικό (Ν. 4412/2016) και κανονιστικό πλαίσιο (ΠΔ 39/2017) η δυνατότητα αντίκρουσης των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, προσθήκη ή ενίσχυση λόγων υπό εξέταση προσφυγής με κατάθεση υπομνήματος, οπότε το υποβληθέν από την προσφεύγουσα υπόμνημα δεν εξετάζεται.

17. Επειδή, σύμφωνα με τη νομολογία, αυτή καθ' εαυτή η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής εκ μέρους των θιγομένων προσώπων ικανοποιεί το δικαίωμα ακρόασής τους λόγω της ανάγκης ταχείας περατώσεως των διαφορών εκ διοικητικών συμβάσεων (βλ. ΣτΕ ΕΑ 620/2011, ΣτΕ Ασφ 554/08, ΣτΕ 2381/2009, ΔΕΦΠατρ. 29/2016). Επομένως, εφόσον η προσφεύγουσα είχε τη δυνατότητα να εκθέσει τις απόψεις της ενώπιον της ΑΕΠΠ με την υπό κρίση προσφυγή της, το υποβληθέν από την προσφεύγουσα υπόμνημα δεν δύναται να ληφθεί υπόψη.

18. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 7 του ΠΔ 39/2017 *«Κάθε ενδιαφερόμενος, του οποίου επηρεάζονται τα συμφέροντα, δικαιούται να ασκήσει εντός αποκλειστικής προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση σε αυτόν της προσφυγής [...] παρέμβαση ενώπιον της ΑΕΠΠ, για τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, προσκομίζοντας όλα τα κρίσιμα έγγραφα που έχει στη διάθεσή του [...]»*.

19. Επειδή σύμφωνα με το τελευταίο εδάφιο του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017 ορίζεται ότι: *«Η παρέμβαση κατατίθεται ηλεκτρονικά, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 8 του παρόντος Κανονισμού»*.

20. Επειδή η ως άνω παρέμβαση ασκήθηκε εμπρόθεσμα στις 4-12-2017 δεδομένου ότι η υπό εξέταση προσφυγή κοινοποιήθηκε στην παρεμβαίνουσα στις 23-11-2017, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου

και νομίμως υπογεγραμμένη με βάση τα προβλεπόμενα στο άρθρο 7 του ΠΔ 39/2017.

21. Επειδή σύμφωνα με την έννοια των ως άνω διατάξεων η παρέμβαση ασκείται παραδεκτώς υπέρ της διατηρήσεως της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης από ενδιαφερόμενο του οποίου επηρεάζονται τα συμφέροντα. Περαιτέρω, το έννομο συμφέρον του παρεμβαίνοντος πρέπει να υφίσταται τόσο κατά τον χρόνο άσκησής της όσο και κατά την εξέταση της υπόθεσης (βλ. ΣΤΕ Ολομ. 2173/2012, 3768/2015, 5060/2012), αφού και στην περίπτωση αυτή, τυχόν αποδοχή της υπό εξέταση προσφυγής είναι βλαπτική για αυτόν (ΣΤΕ 1936/2014).

22. Επειδή η υπό εξέταση παρέμβαση ασκήθηκε υπέρ της διατηρήσεως των προσβαλλόμενων όρων της Διακήρυξης, παραδεκτώς και με προφανές έννομο συμφέρον ασκείται η εν λόγω παρέμβαση δεδομένου ότι η παρεμβαίνουσα δραστηριοποιείται επίσης στον τομέα που αποτελεί το αντικείμενο της επίμαχης προμήθειας προμηθεύοντας τον οικείο ιατροτεχνολογικό εξοπλισμό, δηλώνει ρητώς ότι επιθυμεί να συμμετάσχει στον διαγωνισμό και η υπό εξέταση προσφυγή στρέφεται κατά όρων της διακήρυξης οι οποίοι, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, φωτογραφίζουν τα προϊόντα της παρεμβαίνουσας. Επομένως, η παρεμβαίνουσα ανήκει στον κύκλο των προσώπων των οποίων τα συμφέροντα επηρεάζονται από την υπό εξέταση προσφυγή.

23. Επειδή η προσφεύγουσα με την υπό εξέταση προσφυγή της υποστηρίζει ότι πρέπει να ακυρωθούν οι τεχνικές προδιαγραφές με Α/Α 1,6, 8-10, 13, 16-18, 22, 25-31, 39-41, 43, 47, 51-52, 54, 56-58 και 80 όπως αυτές περιλαμβάνονται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙΙ «ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ – ΦΥΛΛΟ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ» της Διακήρυξης και να επαναδιατυπωθούν κατά τα ειδικώς αναφερόμενα στην υπό εξέταση προσφυγή διότι έχουν διατυπωθεί κατά παράβαση των άρθρων 18 και 54 του Ν.4412/2016, φωτογραφίζοντας τα προϊόντα συγκεκριμένης εταιρείας, ήτοι του κατασκευαστικού οίκου, τα οποία διαθέτει στην αγορά η εταιρεία, περιορίζοντας έτσι την ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στο διαγωνισμό και θέτοντας αδικαιολόγητα εμπόδια στον ανταγωνισμό. Επιπλέον, ισχυρίζεται ότι τα ζητούμενα τεχνικά στοιχεία των ως άνω προδιαγραφών δεν είναι ουσιώδη

ή δεν
αποτελούν πλεονέκτημα για την έκβαση και το αποτέλεσμα της χειρουργικής πράξης, δεν υπάρχει για αυτά καμία επιστημονική τεκμηρίωση και δεν επηρεάζουν τη δυνατότητα ή την αποτελεσματικότητα της χρήσης του.

24. Επειδή στο σημ. 74 του Προοιμίου της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ ορίζεται ότι: «Οι τεχνικές προδιαγραφές που καθορίζονται από τους αγοραστές του Δημοσίου πρέπει να επιτρέπουν το άνοιγμα των δημόσιων προμηθειών στον ανταγωνισμό καθώς και την επίτευξη των στόχων βιωσιμότητας. Για τον σκοπό αυτό, θα πρέπει να είναι δυνατή η υποβολή προσφορών που αντικατοπτρίζουν την ποικιλία των προτύπων για τεχνικές λύσεις και των τεχνικών προδιαγραφών στην αγορά...Κατά συνέπεια, οι τεχνικές προδιαγραφές θα πρέπει να καταρτίζονται κατά τρόπο ώστε να αποφεύγεται ο τεχνητός περιορισμός του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που να ευνοούν έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, αντικατοπτρίζοντας βασικά χαρακτηριστικά των αγαθών, υπηρεσιών ή Έργων που παρέχονται συνήθως από τον οικονομικό φορέα αυτό. Η κατάρτιση των τεχνικών προδιαγραφών ως προς τις λειτουργικές απαιτήσεις και τις απαιτήσεις εκτέλεσης επιτρέπει εν γένει την επίτευξη του ανωτέρω στόχου με τον καλύτερο δυνατό τρόπο....».

25. Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 18 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «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. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων

Αριθμός απόφασης: 39/2018

συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων.

26. Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 53 του Ν.4412/2016 : «Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών».

27. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 54 του Ν.4412/2016 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. 3. Οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται με έναν από τους κατωτέρω τρόπους: α) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, συμπεριλαμβανομένων των περιβαλλοντικών χαρακτηριστικών, υπό την προϋπόθεση ότι οι παράμετροι είναι επαρκώς προσδιορισμένες ώστε να επιτρέπουν στους προσφέροντες να προσδιορίζουν το αντικείμενο της σύμβασης και στις αναθέτουσες αρχές να αναθέτουν τη σύμβαση, β) με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και, με σειρά προτεραιότητας, σε εθνικά πρότυπα που αποτελούν μεταφορά ευρωπαϊκών πρότυπων, σε ευρωπαϊκές τεχνικές εγκρίσεις, σε κοινές τεχνικές προδιαγραφές, σε διεθνή πρότυπα, σε άλλα τεχνικά συστήματα αναφοράς που έχουν θεσπιστεί από ευρωπαϊκούς οργανισμούς τυποποίησης ή -όταν αυτά δεν υπάρχουν- σε εθνικά πρότυπα, σε εθνικές τεχνικές εγκρίσεις ή σε εθνικές τεχνικές προδιαγραφές στον τομέα του σχεδιασμού, του υπολογισμού και της εκτέλεσης των έργων και της χρησιμοποίησης των αγαθών, κάθε παραπομπή

Αριθμός απόφασης: 39/2018

συνοδεύεται από τον όρο ή «ισοδύναμο» [...] 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 [...].».

28. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη - πλην τυχόν ειδικότερων όρων χρηματοδότησης - να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση της σύμβασης προμήθειας, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές με βάση τις ανάγκες της και την σκοπιμότητα χρήσης των υπό προμήθεια εργαλείων, η δε θέσπιση, με την διακήρυξη, των προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ ΜΟΝΟΥ του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν τινών διαγωνιζομένων, των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από την φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους εν γένει απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάρχει στον διαγωνισμό. Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από της απόψεως της τηρήσεως της τήρησης του εγχώριου κι 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. 415/2014, 354/2014, 257/2010 κ.ά.).

29. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και

Αριθμός απόφασης: 39/2018

των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Σύμφωνα, δε, με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction Ltd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

30. Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ. ΔΕΕ απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, C-496/1999 *CAS Succhi di Frutta SpA*).

31. Επειδή, ως έχει παγίως κριθεί, προκειμένου να είναι ορισμένος ισχυρισμός περί φωτογραφικού όρου διακήρυξης, πρέπει να κατονομάζεται ο οικονομικός φορέας που είναι ο μόνος δυνάμενος να συμμετάσχει ως συνέπεια της εν θέματι προδιαγραφής (ΣΤΕ (Ασφ) 314/2013, ΕΑ ΣΤΕ 474, 829, 1354/2009).

32. Επειδή λόγοι με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό την μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, με βάση δικές του εκτιμήσεις, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 307/2007).

33. Επειδή, ειδικότερα, η προσφεύγουσα αναφέρει ότι στον όρο με Α/Α 47 (κωδικός ΥΣ011015) των προδιαγραφών συρραπτικών της διακήρυξης που ζητά *«Ενδοσκοπικό εργαλείο ευθείας συρραφής - διατομής κι αναστόμωσης, το οποίο μπορεί να δεχθεί κεφαλές με ενσωματωμένο ενισχυτικό συρραφής, ευθείες, αρθρούμενες, κεκαμμένες και κυρτές, σε μεγέθη συρραφής 30mm, 45mm και 60mm. Με νέα κοπτική λάμα σε κάθε επαναφόρπιση, 10 θέσεις άρθρωσης, δυνατότητα 25 πυροδοτήσεων και στυλεό μήκους 16cm»*, το χαρακτηριστικό της δυνατότητας 25 πυροδοτήσεων *«τίθεται καταχρηστικά και φωτογραφικά δεδομένου ότι δεν υπάρχει καταγεγραμμένη χειρουργική τεχνική που να απαιτεί τέτοιο αριθμό πυροδοτήσεων από ένα εργαλείο, ούτε εντοπίζονται ανάλογα guidelines σε κάποια επιστημονική χειρουργική εταιρεία, ούτε βέβαια υπάρχει κάποια επέμβαση που να απαιτεί τόσες πολλές πυροδοτήσεις»*. Ομοίως, αναφέρει ότι το χαρακτηριστικό της *«νέας κοπτικής λάμας»*, το οποίο περιορίζει τον ανταγωνισμό φωτογραφίζοντας τα προϊόντα της παρεμβαίνουσας, δεν είναι το μόνο που εξασφαλίζει την ανθεκτικότητα των εργαλείων και την άρτια λειτουργικότητά τους διότι *«η λάμα από ανοξείδωτο ασάλι 420, που προσφέρουν και άλλοι προμηθευτές, είναι ανθεκτική στην διάβρωση και κατασκευασμένη έτσι ώστε να μην στομώνει από τις πολλαπλές πυροδοτήσεις του εργαλείου με πιστοποιημένη απόδοση και από το FDA»*. Τέλος, για το *«ενισχυτικό συρραφής»*, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι *«δεν αποδεικνύεται από καμία επιστημονική μελέτη πως είναι απαραίτητο για να επιτευχθεί μια ασφαλή γραμμή συρραφής»* και προσθέτει ότι τα ενδοσκοπικά εργαλεία συρραφής- διατομής- αναστόμωσης της εταιρίας της, καθώς και άλλων εταιρειών, τα οποία είναι τελευταίας τεχνολογίας, μέσω των εξειδικευμένων χαρακτηριστικών τους παρέχουν μια ασφαλή και άριστη γραμμή συρραφής χωρίς την ανάγκη χρήσης ενισχυτικών. Για τους λόγους αυτούς, η προσφεύγουσα προτείνει την εξής επαναδιατύπωση: *«Ενδοσκοπικό εργαλείο ευθείας συρραφής - διατομής κι αναστόμωσης, το οποίο μπορεί να δεχθεί ευθείες κεφαλές με ενσωματωμένο ή μη ενισχυτικό συρραφής σε μεγέθη συρραφής 30mm, 45mm και 60mm. Με ενσωματωμένη κοπτική λάμα από ανοξείδωτο ασάλι 420 ή νέα κοπτική λάμα*

Αριθμός απόφασης: 39/2018

σε κάθε επαναφόρτιση, πολλαπλές θέσεις άρθρωσης, δυνατότητα τουλάχιστον 12 πυροδοτήσεων και στυλεό κοντό ή μακρύ».

34. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της αναφέρει **για τον όρο ΑΙΑ 47** αυτολεξεί τα κάτωθι: ότι : «Ζητείται εργαλείο και σε άλλον α/α του διαγωνισμού (κωδικός νοσοκομείου ΥΣ010031), άρα δεν περιορίζεται ο ανταγωνισμός, ούτε η προσφεύγουσα εταιρεία, η οποία μπορεί να προσφέρει και σε άλλον α/α.

«νέα κοπτική λάμα σε κάθε επαναφόρτιση»: Προσφέρει μέγιστη κοπτική ικανότητα σε κάθε πυροδότηση, ώστε να μη στομώνει η κοπτική λάμα σε σκληρούς ιστούς (ασθενείς μετά από χημειοθεραπείες, ακτινοβολία, κλπ.)

«ενσωματωμένο ενισχυτικό συρραφής»: Προσφέρει ακόμη μεγαλύτερη ασφάλεια στη γραμμή συρραφής (χρήση κυρίως σε επεμβάσεις παχυσαρκίας) με μικρότερες πιθανότητες διαφυγής.

«25 πυροδοτήσεις»: Ζητούνται οι μέγιστες σε αριθμό δυνατές πυροδοτήσεις, ώστε να υπάρχει δυνατότητα χρήσης πολλαπλών ανταλλακτικών κεφαλών (30mm, 45mm ή 60mm και για διάφορα πάχη ιστών) με τη χρήση ενός μόνο εργαλείου στην ίδια επέμβαση, άρα μείωση κόστους χρήσης εργαλείων ανά επέμβαση».

35. Επειδή η παρεμβαίνουσα στην παρέμβασή της ισχυρίζεται για τον οικείο όρο ότι: «το παραπάνω ζητούμενο είδος της περιγραφής, είναι κατασκευασμένο έτσι ώστε να επιδέχεται όλων των ειδών τις ανταλλακτικές κεφαλές στο ίδιο εργαλείο, μειώνοντας έτσι το χειρουργικό κόστος ανά επέμβαση. Η νέα κοπτική λάμα προσδίδει τη βέλτιστη κοπτική ικανότητα σε κάθε πυροδότηση, αλλά και μειωμένη πιθανότητα διασποράς βλαβερών κυττάρων σε παρακείμενους ιστούς. Το ενσωματωμένο ενισχυτικό συρραφής μειώνει την πιθανότητα διαφυγής ή αιμορραγίας τα πρώτα κρίσιμα 24ωρα μετεγχειρητικά, αλλά και βοηθάει να ομαλοποιηθεί η πίεση κατά μήκος της γραμμής συρραφής. Άλλωστε, η φράση που αναγράφεται «μπορεί να δεχθεί», δεν καθιστά αναγκαία τη χρήση του και εξαρτάται σαφώς από την υγεία των ανατομικών δομών του ασθενούς. Οι 10 θέσεις άρθρωσης διευκολύνουν την ευελιξία των κινήσεων σε λαπαροσκοπικές επεμβάσεις όπου ο χώρος είναι περιορισμένος και όσο περισσότερες είναι οι θέσεις άρθρωσης, τόσο πιο ακριβείς γίνονται οι χειρισμοί. Η δυνατότητα 25 πυροδοτήσεων, συνεπάγεται

Αριθμός απόφασης: 39/2018

αξιόπιστη και με ασφάλεια χρήση στην επέμβαση ακόμη και μετά από 25 πυροδοτήσεις. Γι' αυτό άλλωστε αναγράφεται η λέξη «δυνατότητα» και όχι κάποιος απόλυτος αριθμός. Συνεπώς, δε σημαίνει ότι σε μία χειρουργική επέμβαση θα χρησιμοποιηθούν 25 ανταλλακτικές κεφαλές». Περαιτέρω, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι ο οικείος ισχυρισμός της προσφεύγουσας για περιορισμό της ανταγωνιστικότητας, είναι αβάσιμος και, προς επίρρωση των ισχυρισμών της παραθέτει ενδεικτικά μερικούς κατασκευαστικούς οίκους, οι οποίοι δραστηριοποιούνται, ως αναφέρει, στην Ελλάδα, και διαθέτουν τα τεχνικά χαρακτηριστικά της ζητούμενης περιγραφής.

36. Επειδή ως προς τον όρο **A/A 47**, σε ό,τι αφορά τη δυνατότητα 25 πυροδοτήσεων του ενδοσκοπικού εργαλείου, η αναθέτουσα αρχή αναφέρει αόριστα ότι ζητούνται οι μέγιστες δυνατές πυροδοτήσεις λόγω μείωσης του κόστους ανά επέμβαση με τη χρήση του ίδιου εργαλείου. Ωστόσο, δεν αναφέρει, αντικρούοντας τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας, αν υπάρχει καταγεγραμμένη χειρουργική τεχνική που να απαιτεί τέτοιο αριθμό πυροδοτήσεων από ένα εργαλείο, αν εντοπίζονται ανάλογες κατευθυντήριες οδηγίες (guidelines) σε κάποια επιστημονική χειρουργική εταιρεία και αν υπάρχει κάποια επέμβαση που να απαιτεί τόσες πολλές πυροδοτήσεις ώστε να αιτιολογείται για λόγους σκοπιμότητας ο συγκεκριμένος αριθμός πυροδοτήσεων. Αναλυτικότερα, η αναθέτουσα αρχή δεν αναφέρει ότι ο συγκεκριμένος αριθμός πυροδοτήσεων είναι αναγκαίος για συγκεκριμένη κατηγορία επεμβάσεων για τις οποίες θα χρησιμοποιηθεί από αυτήν το εν λόγω εργαλείο, ούτε με ποιο κριτήριο προσδιόρισε τις 25 πυροδοτήσεις ως τις «μέγιστες δυνατές», ούτε συνδέεται επαρκώς και αιτιολογημένα με τη φερόμενη ως σκοπούμενη μείωση κόστους. Ο δε ισχυρισμός της περί μείωσης του κόστους αιτιολογεί απλώς τη σκοπιμότητα ύπαρξης δυνατότητας πολλαπλών πυροδοτήσεων, και όχι του συγκεκριμένου αριθμού πυροδοτήσεων που απαιτεί η διακήρυξη. Επομένως, η αναθέτουσα αρχή δεν τεκμηριώνει επαρκώς την σκοπιμότητα επιλογής του αριθμού των 25 πυροδοτήσεων και ο οικείος ισχυρισμός της απορρίπτεται ως αβάσιμος. Ομοίως, ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας ότι ο συγκεκριμένος αριθμός πυροδοτήσεων αναφέρεται ως δυνατότητα, ότι δεν αναφέρεται απόλυτος αριθμός και ότι δεν σημαίνει ότι έχει πρακτική σημασία απορρίπτεται ως

Αριθμός απόφασης: 39/2018

αβάσιμος δεδομένου ότι, σε κάθε περίπτωση, οι ενδιαφερόμενοι προσφέροντες ενδοσκοπικό εργαλείο με μικρότερο του 25 αριθμού πυροδοτήσεων θα αποκλειστούν λόγω μη πλήρωσης της εν λόγω απαίτησης.

37. Επειδή ο ισχυρισμός της αναθέτουσας και της παρεμβαίνουσας δεν αντικρούει, κατ' αρχήν, τον περιορισμό του ανταγωνισμού με τη συγκεκριμένη απαίτηση και, δευτερευόντως, δεν υφίσταται ισχυρισμός ότι ο περιορισμός αυτός δεν είναι υπέρμετρος με βάση την αρχή της αναλογικότητας, καθόσον δεν αιτιολογείται επαρκώς από τη σκοπιμότητά της. Επομένως, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι το συγκεκριμένο τεχνικό χαρακτηριστικό περιορίζει υπέρμετρα τον ανταγωνισμό και τη δυνατότητα συμμετοχής περισσότερων οικονομικών φορέων επιβάλλοντας ένα αδικαιολόγητο εμπόδιο είναι βάσιμος.

38. Επειδή η αναθέτουσα αρχή είναι κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη, καθώς και τη θέσπιση με την διακήρυξη των προδιαγραφών που αυτή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της.

39. Επειδή η αναθέτουσα αρχή αιτιολογεί επαρκώς την αναγκαιότητα της απαίτησης νέας κοπτικής λάμας σε κάθε επαναφόρτιση και τους λόγους που αυτή επιτελεί, οι οποίοι θεωρούνται αφενός ως εξαιρετικής σημασίας, αφετέρου εισέρχονται στο πεδίο της ανέλεγκτης κρίσης της και δεν υπερβαίνουν το αναγκαίο μέτρο για την επιδίωξη των σκοπών της (πρβλ. ΕΑ 354/2014, 257/2010).

40. Επειδή, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί ανθεκτικότητας και λειτουργικότητας της προτεινόμενης από αυτήν λάμας και της πιστοποιημένης απόδοσής της και από το FDA (χωρίς τούτο να απαιτείται ρητώς κατά τους όρους της διακήρυξης) αφορούν σε αξιολογική κρίση σχετικά με τη σκοπιμότητα της επίμαχης απαίτησης και, όπως έχει παγίως κριθεί, προβάλλονται απαραδέκτως (Ε.Α. 354/2014, 1140/2010 κ.ά.).

41. Επειδή σχετικά με το ενισχυτικό συρραφής, η αναθέτουσα αρχή προβάλλει ότι υπάρχουν μικρότερες πιθανότητες διαφυγής στη χρήση κυρίως σε επεμβάσεις παχυσαρκίας αιτιολογώντας επαρκώς τόσο τη σκοπιμότητα

Αριθμός απόφασης: 39/2018

της εν λόγω απαίτησης όσο και των αναγκών που αυτή θα καλύψει. Επιπλέον, όπως βασίμως υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα, η διατύπωση «μπορεί να δεχθεί» δεν καθιστά αναγκαία τη χρήση του η οποία εξαρτάται από την περίπτωση του ασθενούς προς αντιμετώπιση. Επομένως, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι δεν αποδεικνύεται από καμιά επιστημονική μελέτη ότι είναι απαραίτητο για την επίτευξη ασφαλούς γραμμής συρραφής και ότι τα δικά της προϊόντα παρέχουν ασφαλή γραμμή συρραφής χωρίς ενισχυτικό προβάλλονται απαραδέκτως (βλ. σκεπτ. 34 και 41).

42. Επειδή από την προτεινόμενη επαναδιατύπωση του όρου A/A 47 η προσφεύγουσα αντικαθιστά τον αριθμό 10 που αναφέρεται στις θέσεις άρθρωσης, σε πολλαπλές θέσεις άρθρωσης προκειμένου η επίμαχη προδιαγραφή να μην περιορίζει, κατά τη γνώμη της, αδικαιολόγητα, τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό και, εντέλει, συνδυαστικά με τις άλλες απαιτήσεις της προδιαγραφής, να μην φωτογραφίζουν τα προϊόντα που διαθέτει η παρεμβαίνουσα. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή ουδέν αναφέρει σχετικά με τον καθορισμό του συγκεκριμένου αριθμού αρθρώσεων για το εν λόγω εργαλείο, ενώ η παρεμβαίνουσα προβάλλει αόριστα αξιολογικές κρίσεις ως προς τη σκοπιμότητα του εν λόγω χαρακτηριστικού που δεν συνδέονται ωστόσο με τον συγκεκριμένο αριθμό αρθρώσεων και οι οποίες απορρίπτονται ως απαράδεκτες. Επομένως, ο ρητός καθορισμός των θέσεων άρθρωσης σε 10, εκτός του ότι εισάγεται αναιτιολόγητα, περιορίζει και την ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στον διαγωνισμό θέτοντας υπέρμετρο εμπόδιο στον ανταγωνισμό.

43. Επειδή η προσφεύγουσα ισχυρίζεται συνδυαστικά τα ως άνω τεχνικά χαρακτηριστικά της επίμαχης προδιαγραφής φωτογραφίζουν συγκεκριμένη προϊοντική σειρά συγκεκριμένου κατασκευαστικού οίκου που προσφέρει η παρεμβαίνουσα αποκλείοντας άλλους προμηθευτές, μεταξύ των οποίων και την ίδια.

44. Επειδή η αναθέτουσα αρχή επικαλείται ότι ζητείται και έτερο εργαλείο σε άλλο κωδικό το οποίο προβλέπεται να διαθέτει ενσωματωμένη λάμα (βλ. ΥΣ010031) και όχι αυτή που απαιτείται στην επίμαχη προδιαγραφή, στον οποίο κωδικό θα μπορούσαν να συμμετάσχουν οι προμηθευτές, μεταξύ

Αριθμός απόφασης: 39/2018

των οποίων και η προσφεύγουσα, που διαθέτουν εργαλεία με ενσωματωμένη λάμα.

45. Επειδή σύμφωνα με τα ως άνω αναφερόμενα, οι απαιτήσεις του συγκεκριμένου αριθμού πυροδοτήσεων καθώς και του συγκεκριμένου αριθμού αρθρώσεων περιορίζουν υπέρμετρα τον ανταγωνισμό καθόσον δεν προκύπτουν ως οι πλέον πρόσφορες, κατάλληλες και αναγκαίες ώστε να ανταποκρίνονται στον επικαλούμενο κατ' αντιστοιχία επιδιωκόμενο σκοπό. Επομένως, ο προβαλλόμενος λόγος της προσφυγής με αιτιάσεις ως προς τα τεχνικά χαρακτηριστικά της προδιαγραφής του όρου A/A 47 γίνεται εν μέρει δεκτός.

46. Επειδή ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας ότι ο επίμαχος όρος δεν περιορίζει υπέρμετρα τον ανταγωνισμό διότι διάφοροι κατασκευαστικοί οίκοι που, ως αναφέρει, δραστηριοποιούνται στην Ελλάδα διαθέτουν τα χαρακτηριστικά της επίμαχης προδιαγραφής είναι αόριστος καθώς, προς απόδειξή του, η παρεμβαίνουσα απλώς παραθέτει ιστότοπους με προϊόντα ξένων κατασκευαστικών οίκων χωρίς να αναφέρει ποια εταιρεία εκπροσωπεί ποιο προϊόν και αν τα επικαλούμενα προϊόντα καλύπτουν σωρευτικώς ή διαζευκτικώς τα τεχνικά χαρακτηριστικά που απαιτεί η εν λόγω προδιαγραφή.

47. Επειδή η προσφεύγουσα αναφέρει ότι στους όρους με **A/A 1, 25, 26, 27, 28, 29, 30 και 31** (κωδικοί ΥΛ001065, ΥΣ005044, ΥΣ005045, ΥΣ005046, ΥΣ005047, ΥΣ005048, ΥΣ005049 και ΥΣ005050) των προδιαγραφών συρραπτικών της διακήρυξης ζητείται *«Ανταλλακτική κεφαλή για το ενδοσκοπικό εργαλείο (μηχανικό ή και ηλεκτρικό) ευθείας συρραφής - διατομής κι αναστόμωσης, αρθρούμενη, με τριπλή γραμμή συρραφής, ενσωματωμένη κοπτική λάμα, μηχανισμό αποφυγής επαναπυροδότησης, αγκήρες (κλίπς) τιτανίου να είναι συμβατή με ΥΣ011015»*, και ότι ζητώντας οι ανταλλακτικές κεφαλές να είναι *«αρθρούμενες»* και με *«ενσωματωμένη κοπτική λάμα»* «φωτογραφίζουν» το προϊόν του κατασκευαστικού οίκου, το οποίο προσφέρει η εταιρεία, αποκλείοντας ουσιαστικά από το διαγωνισμό όλους τους υπόλοιπους προμηθευτές του χώρου, μεταξύ των οποίων και την εταιρεία της, που προσφέρουν ανταλλακτικές κεφαλές που δε διαθέτουν τα ως άνω «φωτογραφικά» χαρακτηριστικά, μειώνοντας έτσι αδικαιολόγητα τη

δυνατότητα συμμετοχής στο διαγωνισμό χωρίς τα ζητούμενα αυτά στοιχεία να είναι ουσιώδη ή να αποτελούν πλεονέκτημα για την έκβαση και το αποτέλεσμα της χειρουργικής πράξης και χωρίς να υπάρχει για αυτά καμία επιστημονική τεκμηρίωση ότι επηρεάζουν τη δυνατότητα ή την αποτελεσματικότητα της χρήσης του εργαλείου. Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα αναφέρει ότι: *«η άρθρωση αδιαμφισβήτητα αποτελεί βασικό χαρακτηριστικό των ενδοσκοπικών κοπτοραπτών γιατί εξασφαλίζει την καλύτερη προσπέλαση του εργαλείου στον επικείμενο ιστό, και αυτό συμβαίνει είτε αυτή βρίσκεται στην ανταλλακτική κεφαλή είτε στο στέλεχος του εργαλείου. Είναι η θέση της άρθρωσης σε σχέση με το ενεργό άκρο της κεφαλής (δηλαδή το πόσο κοντά αρθρώνει στην γραμμή συρραφής) αυτή που προσδίδει σημαντικό πλεονέκτημα ως προς τη λειτουργικότητα του εργαλείου, καθώς ο χειρουργικός ωφέλιμος χώρος είναι περιορισμένος. Ζητώντας η διακήρυξη «ανταλλακτική κεφαλή για το ενδοσκοπικό εργαλείο (μηχανικό ή και ηλεκτρικό) ευθείας συρραφής – διατομής κι αναστόμωσης, αρθρούμενη...» ευνοεί αδικαιολόγητα την ως άνω εταιρεία και αποκλείει ουσιαστικά από το διαγωνισμό όλους τους προμηθευτές, μεταξύ των οποίων και την εταιρεία μας, οι οποίοι διαθέτουν ανταλλακτικές κεφαλές για ιστούς διαφόρων μεγεθών για εργαλεία ευθείας συρραφής-διατομής κι αναστόμωσης με τριπλή γραμμή συρραφής με ισχυρά κλιπ από κράμα τιτανίου και μηχανισμό αποφυγής επαναπυροδότησης [...]».* Περαιτέρω, η προσφεύγουσα αναφέρει ότι οι τεχνικές προδιαγραφές των ως άνω Α/Α, *«πέρα από φωτογραφικές, είναι και ασαφείς δεδομένου ότι ενώ ζητείται ανταλλακτική κεφαλή για το ενδοσκοπικό εργαλείο (μηχανικό ή και ηλεκτρικό), η οποία να είναι συμβατή με το εργαλείο με κωδικό ΥΣ011015, ο συγκεκριμένος κωδικός εργαλείου (ΥΣ011015) δεν αφορά ηλεκτρικό εργαλείο, οπότε υπάρχει πιθανότητα σύγχυσης στην τεχνική αξιολόγηση»* και, επομένως, προκύπτει ότι οι ως άνω τεχνικές προδιαγραφές ευνοούν αδικαιολόγητα την εταιρεία και περιορίζουν αδικαιολόγητα τη δυνατότητα συμμετοχής στο διαγωνισμό και κατ' επέκταση τον ανταγωνισμό, αποκλείοντας τα προσφερόμενα από την εταιρεία της προϊόντα χωρίς να προσφέρουν κανένα άλλο πλεονέκτημα, χωρίς να εξασφαλίζεται η καλύτερη δυνατή επιλογή για το νοσοκομείο και χωρίς να διασφαλίζεται η

Αριθμός απόφασης: 39/2018

αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων. Ως εκ τούτου, η ως άνω προδιαγραφή θα έπρεπε, κατά τη γνώμη της, να τροποποιηθεί και να επαναδιατυπωθεί ως ακόλουθα: «Ανταλλακτική κεφαλή για το ενδοσκοπικό εργαλείο (μηχανικό ή και ηλεκτρικό) ευθείας συρραφής-διατομής κι αναστόμωσης, αρθρούμενη ή μη αρθρούμενη, με τριπλή γραμμή συρραφής, ενσωματωμένη ή μη κοπτική λάμα, μηχανισμό αποφυγής επαναπυροδότησης, αγκήρες (κλιπς) τιτανίου...να είναι συμβατή με ΥΣ011015 ή ΥΣ010031».

48. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της αναφέρει αυτολεξεί ότι: «Ζητούνται ανταλλακτικές κεφαλές και σε άλλους α/α του διαγωνισμού (κωδικοί νοσοκομείου ΥΣ005051, ΥΣ005052, ΥΣ005042), άρα δεν περιορίζεται ο ανταγωνισμός, ούτε η προσφεύγουσα εταιρεία, η οποία μπορεί να προσφέρει και σε λοιπούς α/α.

«αρθρούμενες»: Προσφέρουν ευκολότερη πρόσβαση ανατομικά, καθώς ο χώρος στις λαπαροσκοπικές επεμβάσεις είναι περιορισμένος σε σχέση με τις ανοιχτές επεμβάσεις και απαιτούνται πολλαπλοί και περισσότερο ακριβείς χειρισμοί.

«ενσωματωμένη κοπτική λάμα»: Προσφέρει μέγιστη κοπτική ικανότητα σε κάθε πυροδότηση, καθώς χρησιμοποιείται μία και μόνο φορά και δε στομώνει η κοπτική λάμα σε σκληρούς ιστούς (ασθενείς μετά από χημειοθεραπείες, ακτινοβολία, κλπ)».

49. Επειδή σχετικά με την ενσωματωμένη κοπτική λάμα η προσφεύγουσα αναφέρει όλως αορίστως και, επομένως, απαραδέκτως ότι το επίμαχο χαρακτηριστικό περιορίζει αδικαιολόγητα τον ανταγωνισμό στο ελάχιστο και εμποδίζει τη συμμετοχή της στη διαγωνιστική διαδικασία χωρίς να αιτιολογεί με ποιον τρόπο συγκεκριμένα κάτι τέτοιο λαμβάνει χώρα με την εν θέματι προδιαγραφή.

50. Επειδή η προσφεύγουσα δεν αποδεικνύει ούτε με την επαναδιατύπωση της επίμαχης προδιαγραφής της Διακήρυξης με ποιον τρόπο η νέα διατύπωση ευνοεί τον ανταγωνισμό και την ίση μεταχείριση των οικονομικών φορέων και εν γένει τις βασικές αρχές που διέπουν τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων. Αντίθετα, η αναθέτουσα αρχή αιτιολογεί επαρκώς τη σκοπιμότητα του εν λόγω τεχνικού χαρακτηριστικού

Αριθμός απόφασης: 39/2018

καθώς και τις ανάγκες που θα καλύψει η χρήση του συγκεκριμένου εργαλείου. Επομένως, ο ισχυρισμός ότι η επαναδιατύπωση της προδιαγραφής των συρραπτικών στους **A/A 1, 25, 26, 27, 28, 29, 30 και 31** - με το περιεχόμενο που θα επιθυμούσε η προσφεύγουσα- δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού σε αντίθεση με την υφιστάμενη διατύπωση, είναι αόριστος.

51. Επειδή οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας σχετικά με την απαίτηση των αρθρούμενων ανταλλακτικών κεφαλών για το αν προσδίδουν σημαντικό πλεονέκτημα ή όχι στη λειτουργικότητα του εργαλείου, εισέρχονται στο πεδίο της ανέλεγκτης κρίσης της αναθέτουσας αρχής, ενώ η απαίτηση δεν υπερβαίνει το αναγκαίο μέτρο για την επιδίωξη των σκοπών της (πρβλ. ΕΑ 354/2014, 257/2010), και, επομένως, προβάλλονται απαραδέκτως.

52. Επειδή, εξάλλου, η αναθέτουσα αρχή, αφενός, αιτιολογεί επαρκώς την αναγκαιότητα θέσπισης της επίμαχης προδιαγραφής και τους λόγους που αυτή επιτελεί, και αφετέρου επικαλείται τους κωδικούς ΥΣ005051, ΥΣ005052 και ΥΣ005042 στους οποίους η προσφεύγουσα θα μπορούσε να προσφέρει τα δικά της προϊόντα διότι δεν απαιτείται γι' αυτούς το εν λόγω χαρακτηριστικό. Εξάλλου, όπως αναφέρει και η παρεμβαίνουσα, η ύπαρξη των συγκεκριμένων απαιτήσεων προβλέπεται και σε αντίστοιχα εργαλεία που περιλαμβάνονται στο Παρατηρητήριο Τιμών της ΕΠΥ (Κατηγορία Υλικού 55.7 «Λαπαροσκοπικά»), ήτοι σε εργαλεία που είθισται να προσφέρονται σε παρόμοιους δημόσιους διαγωνισμούς. Επομένως, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί αποκλεισμού της με την απαίτηση αρθρούμενων ανταλλακτικών κεφαλών στους επίμαχους όρους καθώς και ότι πρόκειται για όρους φωτογραφικούς απορρίπτεται, σύμφωνα με τα ως άνω, ως αβάσιμος. Περαιτέρω, οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας ότι ο επίμαχος όρος δεν περιορίζει υπέρμετρα τον ανταγωνισμό διότι διάφοροι κατασκευαστικοί οίκοι που, ως αναφέρει, δραστηριοποιούνται στην Ελλάδα διαθέτουν τα χαρακτηριστικά της επίμαχης προδιαγραφής είναι अपαράδεκτοι ως αορίστως προβαλλόμενοι σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο σκεπτ. 46.

53. Επειδή η προσφεύγουσα προβάλλει ότι οι εν λόγω προδιαγραφές είναι ασαφείς διότι ζητείται ανταλλακτική κεφαλή για ενδοσκοπικό εργαλείο, μηχανικό ή και ηλεκτρικό, και, παράλληλα, απαιτείται αυτή να είναι συμβατή

Αριθμός απόφασης: 39/2018

με το εργαλείο με τον κωδικό ΥΣ011015 που δεν αφορά σε ηλεκτρικό εργαλείο, γεγονός που θα προκαλέσει, κατά τα λεγόμενα της προσφεύγουσας, σύγχυση στην τεχνική αξιολόγηση.

54. Επειδή από τη γραμματική διατύπωση του όρου προκύπτει ότι με τη χρήση του διαζευκτικού «ή» μαζί με τον συμπλεκτικό σύνδεσμο «και» δίνεται η δυνατότητα συμβατότητας και με τα 2 είδη εργαλείων και όχι μόνο με το μηχανικό. Δηλαδή, όπως προκύπτει, και μόνο η συμβατότητα με το μηχανικό εργαλείο αρκεί για την πλήρωση της εν λόγω προδιαγραφής ενώ δεν ισχύει το αντίστροφο. Επομένως, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί ασάφειας απορρίπτεται ως αβάσιμος.

55. Επειδή η προσφεύγουσα αναφέρει ότι στον όρο με **A/A 6** (κωδικός ΥΣ003003) των προδιαγραφών συρραπτικών της διακήρυξης ζητείται *«Κυκλικός αναστομωτήρας, ευθύς, με αγκτήρες (κλιπς) τιτανίου ορθογώνιας διατομής, για αιμορροϊδεκτομή κατά Longo, με αποσπώμενη κεφαλή και διάμετρο αναστόμωσης: 33mm»* «φωτογραφίζοντας» ουσιαστικά το προϊόν του κατασκευαστικού οίκου το οποίο προσφέρει η εταιρεία Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ζητώντας τα κλιπς να είναι *«ορθογώνιας διατομής»* αποκλείει ουσιαστικά από το διαγωνισμό όλους τους υπόλοιπους προμηθευτές του χώρου, μεταξύ των οποίων και την εταιρεία της, που προσφέρουν αντίστοιχα εργαλεία μειώνοντας έτσι αδικαιολόγητα τη δυνατότητα συμμετοχής στο διαγωνισμό, χωρίς τα ζητούμενα αυτά στοιχεία να είναι ουσιώδη ή να αποτελούν πλεονέκτημα για την έκβαση και το αποτέλεσμα της χειρουργικής πράξης και χωρίς να υπάρχει για αυτά καμία επιστημονική τεκμηρίωση ότι επηρεάζουν τη δυνατότητα ή την αποτελεσματικότητα της χρήσης του εργαλείου. Ως εκ τούτου, η ως άνω προδιαγραφή θα έπρεπε να τροποποιηθεί και να επαναδιατυπωθεί ως ακόλουθα: *«Κυκλικός αναστομωτήρας, ευθύς, με αγκτήρες (κλιπς) τιτανίου ορθογώνιας ή κυκλικής διατομής, για αιμορροϊδεκτομή κατά Longo, με αποσπώμενη ή μη κεφαλή και διάμετρο αναστόμωσης:33mm»*.

56. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απόψεις της αναφέρει ότι: *«Ζητείται εργαλείο και σε άλλον α/α του διαγωνισμού (κωδικός νοσοκομείου*

Αριθμός απόφασης: 39/2018

ΥΣ001023), άρα δεν περιορίζεται ο ανταγωνισμός, ούτε η προσφεύγουσα εταιρεία, η οποία μπορεί να προσφέρει και σε λοιπούς α/α». Εδώ αξίζει να σημειωθεί ότι ο εν λόγω κωδικός αφορά σε κυκλικό αναστομωτήρα διαμέτρου 34mm. Σχετικά με την «αποσπώμενη κεφαλή» αναφέρει ότι: «Προσφέρει ευκολότερη πρόσβαση και καλύτερο οπτικό πεδίο για τη δημιουργία της περίπαρσης και την καθήλωση της κεφαλής του εργαλείου κυκλικής αναστόμωσης».

57. Επειδή η αναθέτουσα αρχή αιτιολογεί επαρκώς το επιδιωκόμενο αποτέλεσμα με την απαίτηση της αποσπώμενης κεφαλής του εργαλείου.

58. Επειδή η παρεμβαίνουσα προκειμένου να αντικρούσει τον χαρακτηρισμό του επίμαχου όρου ως «φωτογραφικού» ως προς την απαίτηση της ορθογώνιας διατομής επικαλείται εκ νέου το Παρατηρητήριο Τιμών και παραπέμπει στην Κατηγορία Υλικού 56.7 «Συρραπτικά εργαλεία» καθώς και επικαλείται και επισυνάπτει σχετική επιστημονική μελέτη από Ελληνικό Πανεπιστήμιο σχετικά με την σκοπιμότητα και την υπεροχή των εργαλείων με τα τεχνικά αυτά χαρακτηριστικά.

59. Επειδή οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι τα ζητούμενα στοιχεία της εν λόγω προδιαγραφής δεν είναι ουσιώδη και δεν αποτελούν πλεονέκτημα για την έκβαση και το αποτέλεσμα της χειρουργικής πράξης, ότι δεν υπάρχει καμία επιστημονική τεκμηρίωση που να αποδεικνύει ότι επηρεάζουν τη δυνατότητα ή την αποτελεσματικότητα της χρήσης του εργαλείου, εισέρχονται στον τομέα της ανέλεγκτης κρίσης της αναθέτουσας αρχής κατά τη διαμόρφωση των όρων σχετικά με τα τεχνικά χαρακτηριστικά των προς προμήθεια προϊόντων και, για το λόγο αυτό καθώς για το ότι προβάλλονται και αορίστως, απορρίπτονται, ως εκ τούτου, ως απαράδεκτοι.

60. Επειδή τόσο ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι δεν περιορίζεται ο ανταγωνισμός και δεν αποκλείεται η προσφεύγουσα λόγω της απαίτησης περί ορθογώνιου σχήματος στο συγκεκριμένο εργαλείο καθόσον ζητείται, με άλλον κωδικό, παρόμοιο εργαλείο σε κυκλικό σχήμα όσο και η παραπομπή της παρεμβαίνουσας στο Παρατηρητήριο Τιμών που αποδεικνύει την ύπαρξη των αυτών απαιτήσεων και σε άλλους παρόμοιους δημόσιους διαγωνισμούς είναι βάσιμοι. Αντίθετα, η επίκληση από την παρεμβαίνουσα της επιστημονικής μελέτης που περιλαμβάνει αξιολογικές

Αριθμός απόφασης: 39/2018

κρίσεις για το εν λόγω εργαλείο εισέρχεται στο πεδίο της ανέλεγκτης κρίσης της αναθέτουσας αρχής, συμπληρώνοντάς την και, για το λόγο αυτό, ο οικείος ισχυρισμός απορρίπτεται ως απαράδεκτος.

61. Επειδή η προσφεύγουσα αναφέρει ότι στους όρους με Α/Α 8, 9, 10 και 13 (κωδικοί ΥΣ004022, ΥΣ004023, ΥΣ004024 και ΥΣ004029) των προδιαγραφών συρραπτικών της διακήρυξης ζητείται *«Αυτόματο ευθύγραμμο επαναφορτιζόμενο συρραπτικό εργαλείο, με ισχυρούς αγκτήρες (κλιπς) τιτανίου ορθογώνιας διατομής, μία σκανδάλη σύγκλισης-πυροδότηση και μήκος συρραφής..»* «φωτογραφίζοντας» ουσιαστικά το προϊόν του κατασκευαστικού οίκου, το οποία διαθέτει στην αγορά η εταιρεία και παραβιάζουν για τους ως άνω επαναλαμβανόμενους λόγους το κείμενο νομικό πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων, η ως άνω προδιαγραφή πρέπει να τροποποιηθεί προκειμένου να είναι σύμφωνη με τις διατάξεις του νόμου ώστε να μην περιορίζεται ο ανταγωνισμός και να επαναδιατυπωθεί ως ακόλουθα: *«Αυτόματο ευθύγραμμο επαναφορτιζόμενο συρραπτικό εργαλείο, με ισχυρούς αγκτήρες (κλιπς) από κράμα τιτανίου κυκλικής ή ορθογώνιας διατομής, μία ή δύο σκανδάλες σύγκλισης-πυροδότησης και μήκος συρραφής...»*.

62. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της αναφέρει σχετικά ότι: *«Ζητούνται εργαλεία και σε άλλους α/α του διαγωνισμού (κωδικοί νοσοκομείου ΥΣ004025, Υ1004026, ΥΣ004031 & ΥΣ004030), άρα δεν περιορίζεται ο ανταγωνισμός, ούτε η προσφεύγουσα εταιρεία, η οποία μπορεί να προσφέρει και σε λοιπούς α/α.*

«ορθογώνιας διατομής»: Προσφέρει μεγαλύτερη ανθεκτικότητα και αντοχή στις τάσεις που ασκούνται στη γραμμή συρραφής και στις πιθανές στρεβλώσεις απ' αυτές, που έχουν ως αποτέλεσμα μειωμένες πιθανότητες ρίξης αυτής. Πιθανές στρεβλώσεις των κλιπ ή κακοσχηματισμένα κλιπ κατά την πυροδότηση, λόγω μεγαλύτερης αντίστασης του ιστού που διατέμνεται, αυξάνει σημαντικά την πιθανότητα διαφυγής, τραυματισμού παρακείμενων ιστών ή και ισχαιμία με επιβαρυντικά αποτελέσματα για την πορεία της υγείας του ασθενούς».

63. Επειδή οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι οι εν λόγω απαιτήσεις μειώνουν αδικαιολόγητα τη δυνατότητα συμμετοχής της στο διαγωνισμό,

Αριθμός απόφασης: 39/2018

χωρίς να είναι ουσιώδεις ή να αποτελούν πλεονέκτημα για την έκβαση και το αποτέλεσμα της χειρουργικής πράξης και χωρίς να υπάρχει για αυτές καμία επιστημονική τεκμηρίωση ότι επηρεάζουν τη δυνατότητα ή την αποτελεσματικότητα της χρήσης του εργαλείου αφορούν σε αξιολογική κρίση σχετικά με τη σκοπιμότητα αυτής και, όπως έχει παγίως κριθεί, απαραδέκτως προβάλλονται διότι αφορούν στην σκοπιμότητα της θέσπισης συγκεκριμένης προδιαγραφής (Ε.Α. 354/2014, 1140/2010 κ.ά.) .

64. Επειδή η αναθέτουσα αρχή τεκμηριώνει επαρκώς την σκοπιμότητα επιλογής της εν θέματι προδιαγραφής, που εντάσσεται στο πεδίο της ανέλεγκτης κρίσης της, υπό το πρίσμα της αρχής της ίσης μεταχείρισης, απαγόρευσης διακρίσεων και της αρχής της αναλογικότητας και περιγράφει επαρκώς τον επιδιωκόμενο σκοπό (πρβλ. ΕΑ 354/2014, 257/2010).

65. Επειδή η παρεμβαίνουσα εκτός του ότι επαναλαμβάνει τους ισχυρισμούς με την προηγούμενη προδιαγραφή για το σχήμα της διατομής για τους οποίους ισχύουν τα ως άνω αναφερόμενα, προσθέτει ισχυρισμούς για την σκοπιμότητα της επίμαχης απαίτησης που επίσης προβάλλονται απαραδέκτως σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο σκεπτ. 60.

66. Επειδή η προσφεύγουσα αναφέρει ότι στους όρους με Α/Α 16, 17, 18 & 22 (κωδικοί ΥΣ005008, ΥΣ005031, ΥΣ005032 & ΥΣ005040) των προδιαγραφών συρραπτικών της διακήρυξης ζητείται *«Ανταλλακτική κεφαλή με ισχυρούς αγκτήρες (κλιπς) τιτανίου ορθογώνιας διατομής, για το εργαλείο ευθείας συρραφής, μήκους...»* «φωτογραφίζοντας» ουσιαστικά το προϊόν του κατασκευαστικού οίκου, το οποίο προσφέρει η εταιρεία και παραβιάζουν για τους ως άνω επαναλαμβανόμενους λόγους το κείμενο νομικό πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων, θα έπρεπε να τροποποιηθεί και να επαναδιατυπωθεί ως
ακόλουθα: *«Ανταλλακτική κεφαλή με ισχυρούς αγκτήρες (κλιπς) από κράμα τιτανίου ορθογώνιας ή κυκλικής διατομής, για το εργαλείο ευθείας συρραφής, μήκους ...»*.

67. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της αναφέρει ότι: *«Ζητούνται εργαλεία και σε άλλους α/α του διαγωνισμού (κωδικοί νοσοκομείου ΥΣ005033, ΥΣ005034, ΥΣ005056 & ΥΣ005057), άρα δεν περιορίζεται ο ανταγωνισμός, ούτε η προσφεύγουσα εταιρεία, η οποία μπορεί*

Αριθμός απόφασης: 39/2018

να προσφέρει και σε λοιπούς α/α» και επαναλαμβάνει τους λόγους για τους οποίους απαιτείται η «ορθογώνια διατομή».

68. Επειδή και για τους εν θέματι όρους οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας στρέφονται κατά της απαίτησης της ορθογώνιας διατομής, ισχύουν *mutatis mutandis* τα ως άνω αναφερόμενα υπό σκεπτ. 63-65.

69. Επειδή η προσφεύγουσα αναφέρει ότι στους όρους με Α/Α 39 και 40 (κωδικός ΥΣ006011 και ΥΣ006012) των προδιαγραφών συρραπτικών της διακήρυξης ζητείται «Αυτόματο ευθύγραμμο συρραπτικό εργαλείο, αρθρούμενο και περιστρεφόμενο, με σταθερό στυλεό και κλείδωμα κεφαλής, με αγκτήρες (κλιπς) τιτανίου και μήκος συρραφής ...» «φωτογραφίζοντας» ουσιαστικά το προϊόν του κατασκευαστικού οίκου, το οποίο προσφέρει η εταιρεία και παραβιάζουν για τους ως άνω επαναλαμβανόμενους λόγους το κείμενο νομικό πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων, θα έπρεπε να τροποποιηθεί και να επαναδιατυπωθεί ως ακόλουθα:

«Αυτόματο ευθύγραμμο συρραπτικό εργαλείο, αρθρούμενο και περιστρεφόμενο, με σταθερό ή εύκαμπτος τυλεό, με ή χωρίς κλείδωμα κεφαλής, με αγκτήρες (κλιπς) τιτανίου και μήκος συρραφής.....».

70. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της αναφέρει ότι: «Ζητούνται εργαλεία και σε άλλους α/α του διαγωνισμού (κωδικοί νοσοκομείου ΥΣ018051 & ΥΣ005043), άρα δεν περιορίζεται ο ανταγωνισμός, ούτε η προσφεύγουσα εταιρεία, η οποία μπορεί να προσφέρει και σε λοιπούς α/α.

«κλείδωμα κεφαλής»: Προσφέρει σταθερότητα στο εργαλείο και το σημείο εκτομής του ιστού κατά τη σύγκλιση και την πυροδότηση του εργαλείου σε ανατομικά δύσκολα προσβάσιμο σημείο (πύελος) όπου χρησιμοποιείται».

71. Επειδή η προσφεύγουσα αναφέρει ως φωτογραφικούς τους οικείους όρους που αφορούν σε συγκεκριμένα προϊόντα της εταιρείας της παρεμβαίνουσας που αποκλείουν άλλους προμηθευτές, μεταξύ των οποίων, και την ίδια.

72. Επειδή κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων του Ν.4412/2016, απαγορεύεται, κατ' αρχήν, η θέσπιση προδιαγραφών που περιορίζουν τον κύκλο των διαγωνιζομένων επιχειρήσεων. Δεν αποκλείεται, όμως, ένας τέτοιος περιορισμός, ως εκ των απαιτήσεων συγκεκριμένων προδιαγραφών,

Αριθμός απόφασης: 39/2018

αν μόνον αυτές οι συγκεκριμένες προδιαγραφές εξυπηρετούν αποτελεσματικά τις ανάγκες για την κάλυψη των οποίων τίθενται (πρβλ. Σ.Τ.Ε. 365/2007, ΕΑ 267/2008).

73. Επειδή η προσφεύγουσα δεν αποδεικνύει ούτε με την επαναδιατύπωση του επίμαχου όρου της Διακήρυξης με ποιον τρόπο η νέα διατύπωση ευνοεί τον ανταγωνισμό και την ίση μεταχείριση των οικονομικών φορέων και εν γένει τις βασικές αρχές που διέπουν τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων. Επομένως, ο ισχυρισμός ότι η επαναδιατύπωση του εν θέματι όρου, με το περιεχόμενο που θα επιθυμούσε η προσφεύγουσα, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού, σε αντίθεση με την υφιστάμενη διατύπωση, είναι αόριστος.

74. Επειδή η αναθέτουσα αρχή αιτιολογεί επαρκώς τη σκοπιμότητα της εν θέματι προδιαγραφής καθώς και το επιδιωκόμενο με αυτήν αποτέλεσμα, αναφέροντας παράλληλα ρητώς τους κωδικούς που δεν περιλαμβάνουν την ως άνω απαίτηση για εργαλεία προοριζόμενα για άλλη χρήση που καλύπτουν άλλες ανάγκες της, δοθέντος και του ότι σύμφωνα με τους όρους της Διακήρυξης (1.3) υφίσταται δυνατότητα υποβολής προσφοράς για μέρος των ζητούμενων ειδών και η μη υποβολή προσφοράς για το σύνολο των ειδών δεν οδηγεί σε απόρριψή της. Επομένως, νομίμως περιορίζεται ο κύκλος των διαγωνιζομένων ως αναγκαία συνέπεια της επιλογής αυτής (πρβλ. ΣΤΕ 1105/2010, σκ. 4, 365/2007, σκ. 4 και ΕΑ ΣΤΕ 267/2008, σκ.6). Συνεπώς, πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμα τα περί του αντιθέτου προβαλλόμενα από την προσφεύγουσα.

75. Επειδή η παρεμβαίνουσα επαναλαμβάνει αφενός ισχυρισμούς που αφορούν στη σκοπιμότητα της εν θέματι προδιαγραφής και αφετέρου επικαλείται το Παρατηρητήριο Τιμών, ισχύουν *mutatis mutandis* τα ως άνω αναφερόμενα υπό σκεπτ. 60.

76. Επειδή η προσφεύγουσα αναφέρει ότι στους όρους με Α/Α 41 και 43 (κωδικός ΥΣ010029 & ΥΣ010033) των προδιαγραφών συρραπτικών της διακήρυξης ζητείται «*Εργαλείο ευθείας συρραφής - διατομής ιστών, επαναφορτιζόμενο, με νέα κοπτική λάμα σε κάθε επαναφόρτιση, μηχανισμό αποφυγής προπυροδότησης και επαναπυροδότησης, ισχυρούς αγκτήρες (κλιπς) τιτανίου ορθογώνιας διατομής και μήκος*

*συρραφής...» «φωτογραφίζοντας» ουσιαστικά το προϊόν του κατασκευαστικού οίκου, το οποίο προσφέρει η εταιρεία και παραβιάζουν για τους ως άνω επαναλαμβανόμενους λόγους το κείμενο νομικό πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα προσκομίζει και επικαλείται και την σύνοψη της μελέτης 2017 η οποία αποδεικνύει ότι ο κοπτοράπτης του οίκου, με κλιπς κυκλικής διατομής, τοποθετεί ισχυρότερα κλιπ σε σχέση με αυτά του Επομένως, κατά την προσφεύγουσα, η ως άνω προδιαγραφή θα έπρεπε να τροποποιηθεί και να επαναδιατυπωθεί ως ακόλουθα: «*Εργαλείο ευθείας συρραφής - διατομής ιστών, επαναφορτιζόμενο, με νέα κοπτική λάμα σε κάθε επαναφόρτιση, μηχανισμό αποφυγής προπυροδότησης και επαναπυροδότησης, ισχυρούς αγκήρες (κλιπς) από κράμα τιτανίου ορθογώνιας ή κυκλικής διατομής και μήκος συρραφής...».**

77. Επειδή η αναθέτουσα αρχή αναφέρει για τους εν θέματι όρους ότι: «*Ζητούνται εργαλεία και σε άλλους α/α του διαγωνισμού (κωδικοί νοσοκομείου ΥΣ005038, ΥΣ005054, ΥΣ010201, ΥΣ010202, ΥΣ010203 & ΥΣ011106), άρα δεν περιορίζεται ο ανταγωνισμός, ούτε η προσφεύγουσα εταιρεία, η οποία μπορεί να προσφέρει και σε λοιπούς α/α. Ως προς την απαίτηση της ορθογώνιας διατομής επαναλαμβάνει τους λόγους που επικαλείται και σε προαναφερόμενες προδιαγραφές με την ίδια απαίτηση.*

78. Επειδή σχετικά με την απαίτηση της ορθογώνιας διατομής ισχύουν *mutatis mutandis* τα αναφερόμενα υπό σκεπτ. 63-65.

79. Επειδή, περαιτέρω, η προσφεύγουσα επικαλείται και τη σύνοψη επιστημονικής μελέτης προκειμένου να αποδείξει την τεχνική υπεροχή του προϊόντος που η ίδια διαθέτει.

80. Επειδή η αναθέτουσα αρχή είναι κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακηρύξεως, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη, καθώς και τη θέσπιση με την διακήρυξη των προδιαγραφών που αυτή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της. Επομένως, ισχυρισμοί ως προς την σκοπιμότητα της θέσπισης συγκεκριμένης προδιαγραφής, προβάλλονται απαραδέκτως (Ε.Α. 354/2014, 1140/2010 κ.ά.).

81. Επειδή η προσφεύγουσα αναφέρει ότι στον όρο με A/A 51 (κωδικός ΥΣ015020) των προδιαγραφών συρραπτικών της διακήρυξης ζητείται «*Λαβίδα ηλεκτροθερμικής συγκόλλησης και διατομής αγγείων έως και 7mm, με αυτόματη ολοκλήρωση του κύκλου απολίνωσης σε 2-4 sec, ενσωματωμένο καλώδιο, χειροδιακόπτη, ενσωματωμένη κοπτική λάμα, ξεχωριστή σκανδάλη μηχανικής κοπής, με περιστροφή, διάμετρο 5mm, μήκος στυλεού 23cm, με κυρτές σιαγόνες τύπου Maryland ενεργού άκρου 20mm και κοπής 18mm, με μονόπλευρο άνοιγμα*», «φωτογραφίζοντας» ουσιαστικά με το να ζητά η λαβίδα να ολοκληρώνει τον «κύκλο απολίνωσης σε 2-4 sec» την προϊοντική σειρά του κατασκευαστικού οίκου, την οποία προσφέρει η εταιρεία και παραβιάζει για τους ως άνω επαναλαμβανόμενους λόγους το κείμενο νομικό πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων, διότι, ο χρόνος απολίνωσης είναι πάντοτε σχετικός και εξαρτάται συνδυαστικά από παράγοντες όπως η ποιότητα του ιστού, το πάχος του, το είδος του ιστού καθώς επίσης η εφαρμογή τάσης κατά την πυροδότηση, η παρατεταμένη προηγούμενη χρήση, οι οποίοι παράγοντες μεταβάλλονται όχι μόνο ανά ασθενή αλλά ακόμη και κατά τη διάρκεια της αυτής χειρουργικής πράξης. Ως εκ τούτου, κατά την προσφεύγουσα, δεν μπορεί να υπάρχει επιστημονική τεκμηρίωση αλλά ούτε και να είναι τεχνικά αποδεκτή η υιοθέτηση συγκεκριμένου χρόνου ολοκλήρωσης μιας τέτοιου τύπου ηλεκτροθερμικής εφαρμογής. Η προσφεύγουσα προβάλλει ότι διαθέτει λαβίδες ηλεκτροθερμικής συγκόλλησης τελευταίας τεχνολογίας προσφέροντας ταχεία και ασφαλή απολίνωση των αγγείων, όπως ισχυρίζεται ότι αποδεικνύεται και από την προσκομιζόμενη και επικαλούμενη τυχαιοποιημένη μελέτη (....., 2013), οι οποίες όμως δεν διαθέτουν το συγκεκριμένο «φωτογραφικό» χαρακτηριστικό, το οποίο για τους λόγους που προαναφέρθηκαν, εξαρτάται, κατ' αυτήν, από διάφορους παράγοντες και δε δύναται να προσδιοριστεί επακριβώς. Για τους λόγους αυτούς και για όσους έχουν ήδη προαναφερθεί από την προσφεύγουσα (και επαναλαμβάνονται) η ως άνω προδιαγραφή θα έπρεπε να τροποποιηθεί και να επαναδιατυπωθεί ως ακόλουθα: «*Λαβίδα ηλεκτροθερμικής συγκόλλησης και διατομής αγγείων έως και 7mm, με*

Αριθμός απόφασης: 39/2018

αυτόματη ολοκλήρωση του κύκλου απολίνωσης σε περίπου 2-4 sec, ενσωματωμένο καλώδιο, χειροδιακόπτη, ενσωματωμένη κοπτική λάμα, ξεχωριστή σκανδάλη μηχανικής κοπής, με περιστροφή, διάμετρο 5mm, μήκος στυλεού 23cm, με κυρτές σιαγόνες τύπου Maryland ενεργού άκρου 20mm και κοπής 18mm, με μονόπλευρο άνοιγμα».

82. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της αναφέρει ότι: «Ζητείται εργαλείο και σε άλλον α/α του διαγωνισμού (κωδικός νοσοκομείου ΥΣ001014), άρα δεν περιορίζεται ο ανταγωνισμός, ούτε η προσφεύγουσα εταιρεία, η οποία μπορεί να προσφέρει και σε άλλον α/α.

«κύκλος απολίνωσης σε 2-4 sec»: Προσφέρει πολύ γρήγορη και αποτελεσματική αιμόσταση - απολίνωση των αγγείων - ιστών στις πολλαπλές ενεργοποιήσεις του εργαλείου κατά τη διάρκεια μιας επέμβασης, που έχει ως αποτέλεσμα τη σημαντική μείωση του χειρουργικού χρόνου στο σύνολο της επέμβασης, χωρίς παράλληλα να δημιουργεί νέκρωση στον ιστό απ' την παρατεταμένη ενεργοποίηση του εργαλείου ώστε να επιτευχθεί η ιδανική αιμόσταση».

83. Επειδή η αναθέτουσα τεκμηριώνει μεν με τις απόψεις της επαρκώς τη σκοπιμότητα της γρήγορης απολίνωσης και το επιδιωκόμενο αποτέλεσμα, ωστόσο οι ισχυρισμοί της δεν τεκμηριώνουν τη δυνατότητα υπολογισμού του συγκεκριμένου απαιτούμενου χρόνου με ακρίβεια δευτερολέπτου. Ειδικότερα, η αναθέτουσα αρχή δεν προσδιορίζει τον τρόπο υπολογισμού του συγκεκριμένου κατά τη διακήρυξη κύκλου απολίνωσης ή το αν αυτός είναι εφικτός με την ακρίβεια αυτή, προκειμένου να αντικρούσει τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι ο χρόνος απολίνωσης είναι πάντοτε σχετικός και εξαρτάται συνδυαστικά από παράγοντες όπως η ποιότητα του ιστού, το πάχος του, το είδος του ιστού καθώς επίσης της εφαρμογής τάσης κατά την πυροδότηση, της παρατεταμένης προηγούμενης χρήσης, παράγοντες οι οποίοι μεταβάλλονται όχι μόνο ανά ασθενή, αλλά ακόμη και κατά τη διάρκεια της αυτής χειρουργικής πράξης. Επομένως, η απαίτηση κύκλου απολίνωσης σε 2-4 sec δεν αιτιολογείται επαρκώς ώστε να αποτελεί εύλογο κριτήριο που δεν περιορίζει αδικαιολόγητα τον ανταγωνισμό στο ελάχιστο και δεν εμποδίζει τη συμμετοχή της προσφεύγουσας στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία έτσι ώστε να εξασφαλίζεται η μεγαλύτερη δυνατή ευρύτητα συμμετοχής στο

Αριθμός απόφασης: 39/2018

διαγωνισμό, δεδομένου ότι παραπέμπει στον κωδικό ΥΣ001014 που αφορά σε αιμοστατικά ψαλίδια υπερήχων, δηλαδή, σε άλλη κατηγορία εργαλείων με χρήση σε συγκεκριμένες επεμβάσεις, όπως βασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα.

84. Επειδή, περαιτέρω, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί καταλληλότητας των προσφερόμενων από αυτήν προϊόντων βάσει της προσκομιζόμενης επιστημονικής μελέτης απορρίπτονται ως απαραδέκτως προβαλλόμενοι σύμφωνα με τα ως άνω εκτεθέντα.

85. Επειδή για τους ισχυρισμούς της παρεμβαίνουσας η οποία παραπέμπει εκ νέου στο Παρατηρητήριο Τιμών και σε ισότοπους ξένων κατασκευαστικών οίκων οι οποίοι, ως ισχυρίζεται αντιπροσωπεύονται στην Ελλάδα, ισχύουν *mutatis mutandis* όσα αναφέρονται υπό σκεπτ. 46 και 60, με την επιφύλαξη ότι η αναφορά του ζητούμενου από τη διακήρυξη χρόνου απολίνωσης σε παρόμοια εργαλεία στο Παρατηρητήριο Τιμών δεν καθιστά πλήρως αιτιολογημένους τους ισχυρισμούς της αναθέτουσας αρχής στον εν θέματι διαγωνισμό.

86. Επειδή η προσφεύγουσα αναφέρει ότι στον όρο με A/A 52 (κωδικός ΥΣ015008) των προδιαγραφών συρραπτικών της διακήρυξης ζητείται «*Λαβίδα ηλεκτροθερμικής συγκόλλησης και διατομής αγγείων έως και 7 mm, με αυτόματη ολοκλήρωση του κύκλου απολίνωσης σε 2-4 sec, ενσωματωμένο καλώδιο, χειροδιακόπτη, ενσωματωμένη κοπτική λάμα, ξεχωριστή σκανδάλη μηχανικής κοπής, με κλείδωμα χειρολαβής, περιστροφή, παραλληλόγραμμου διαμετρήματος, μήκος στυλεού 18 cm, κυρτές 14° ατραυματικές σιαγόνες μήκους 36 mm και κοπής 34 mm, με αμφίπλευρο άνοιγμα*», «φωτογραφίζοντας» ουσιαστικά προϊόντα του κατασκευαστικού οίκου, τα οποία διαθέτει στην αγορά η εταιρεία Ειδικότερα, κατά την προσφεύγουσα, οι ως άνω τεχνικές προδιαγραφές ζητώντας η λαβίδα να ολοκληρώνει τον «κύκλο απολίνωσης σε 2-4 sec» και να είναι «*παραλληλόγραμμου διαμετρήματος*» «φωτογραφίζουν» την προϊόντική σειρά του ως άνω κατασκευαστικού οίκου. Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ο χρόνος απολίνωσης είναι πάντοτε σχετικός και εξαρτάται συνδυαστικά από παράγοντες όπως η ποιότητα του ιστού, το πάχος του, το είδος του ιστού καθώς επίσης η

Αριθμός απόφασης: 39/2018

εφαρμογή τάσης κατά την πυροδότηση, η παρατεταμένη προηγούμενη χρήση, οι οποίοι παράγοντες μεταβάλλονται όχι μόνο ανά ασθενή αλλά ακόμη και κατά τη διάρκεια της αυτής χειρουργικής πράξης. Ως εκ τούτου, συμπεραίνει ότι δεν μπορεί να υπάρχει επιστημονική τεκμηρίωση αλλά ούτε και να είναι τεχνικά αποδεκτή η υιοθέτηση συγκεκριμένου χρόνου ολοκλήρωσης μιας τέτοιου τύπου ηλεκτροθερμικής εφαρμογής. Περαιτέρω, ισχυρίζεται ότι οι τεχνικές προδιαγραφές όπως περιγράφονται στον ως άνω Α/Α της διακήρυξης τιθέμενες κατά παράβαση των διατάξεων του νόμου, ευνοούν αδικαιολόγητα την εταιρεία και περιορίζουν αδικαιολόγητα τη δυνατότητα συμμετοχής στο διαγωνισμό και κατ' επέκταση τον ανταγωνισμό, αποκλείοντας τα προσφερόμενα από την εταιρεία της προϊόντα χωρίς να προσφέρουν κανένα άλλο πλεονέκτημα, χωρίς να εξασφαλίζεται η καλύτερη δυνατή επιλογή για το νοσοκομείο και χωρίς να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων. Ως εκ τούτου η ως άνω προδιαγραφή θα έπρεπε κατά την προσφεύγουσα να τροποποιηθεί και να επαναδιατυπωθεί ως ακόλουθα: *«Λαβίδα ηλεκτροθερμικής συγκόλλησης και διατομής αγγείων έως και 7mm, με αυτόματη ολοκλήρωση του κύκλου απολίνωσης σε περίπου 2-4sec, ενσωματωμένο καλώδιο, χειροδιακόπτη, ενσωματωμένη κοπτική λάμα, ξεχωριστή σκανδάλη μηχανικής κοπής, με κλείδωμα χειρολαβής περιστροφή, μήκος στυλεού 18-20cm, κυρτές 14ο ατραυματικές σιαγόνες μήκους περίπου 36mm και κοπής περίπου 34mm, με αμφίπλευρο ή μονόπλευρο άνοιγμα».*

87. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της επαναλαμβάνει τους ισχυρισμούς της σχετικά με τον όρο με Α/Α 51.

88. Επειδή για την εν θέματι προδιαγραφή ισχύουν τα ως άνω εκτεθέντα υπό σκεπτ. 83-85.

89. Επειδή η προσφεύγουσα αναφέρει ότι στον όρο με Α/Α 54 (κωδικός ΥΣ015018) των προδιαγραφών συρραπτικών της διακήρυξης ζητείται *«Λαβίδα ηλεκτροθερμικής συγκόλλησης και διατομής αγγείων έως και 7mm, με αυτόματη ολοκλήρωση του κύκλου απολίνωσης σε 2-4 sec, ενσωματωμένο καλώδιο, χειροδιακόπτη, ενσωματωμένη κοπτική λάμα, ξεχωριστή σκανδάλη μηχανικής κοπής, με συνολικό μήκος*

Αριθμός απόφασης: 39/2018

18.8cm, κυρτές 28ο ατραυματικές σιαγόνες ενεργού άκρου 16.5mm, με αμφίπλευρο άνοιγμα», και ιδίως αφενός το ότι πρέπει η λαβίδα να ολοκληρώνει τον «κύκλο απολίνωσης σε 2-4 sec» και αφετέρου προδιαγράφοντας το μήκος με ακρίβεια δεκαδικού (18.8cm) «φωτογραφίζουν» την προϊοντική σειρά του κατασκευαστικού οίκου, την οποία προσφέρει η εταιρεία, και παραβιάζοντας τους κανόνες και τις αρχές που διέπουν τις δημόσιες συμβάσεις για τους ως άνω αναφερόμενους λόγους. Ως εκ τούτου, η ως άνω προδιαγραφή πρέπει να τροποποιηθεί, κατά την προσφεύγουσα και να επαναδιατυπωθεί ως ακόλουθα: «Λαβίδα ηλεκτροθερμικής συγκόλλησης και διατομής αγγείων έως και 7mm, με αυτόματη ολοκλήρωση του κύκλου απολίνωσης σε περίπου 2-4sec, ενσωματωμένο καλώδιο, χειροδιακόπτη, ενσωματωμένη κοπτική λάμα, ξεχωριστή σκανδάλη μηχανικής κοπής, με συνολικό μήκος περίπου 18cm, κυρτές 28ο ατραυματικές σιαγόνες ενεργού άκρου 16.5mm, με αμφίπλευρο άνοιγμα».

90. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της επαναλαμβάνει τους ισχυρισμούς της σχετικά με τους όρους με Α/Α 51 και 52.

91. Επειδή για την εν θέματι προδιαγραφή ισχύουν τα ως άνω εκτεθέντα υπό σκεπτ. 83-85.

92. Επειδή η προσφεύγουσα αναφέρει ότι στους όρους με Α/Α 56, 57 και 58 (κωδικοί ΥΣ018046, ΥΣ018047 & ΥΣ018049) των προδιαγραφών συρραπτικών της διακήρυξης ζητείται «Κυκλικός αναστομωτήρας, κυρτός, με ισχυρούς αγκτήρες (κλιπς) πιτανίου ορθογώνιας διατομής, ανακλινόμενη κεφαλή, μία χειρολαβή, μήκους στυλεού 35cm και διάμετρο αναστόμωσης...» «φωτογραφίζοντας» και ιδίως το εργαλείο πρέπει να διαθέτει αγκτήρες (κλιπς) «ορθογώνιας διατομής» και «ανακλινόμενη κεφαλή» «φωτογραφίζουν» το προϊόν του κατασκευαστικού οίκου, το οποίο προσφέρει η εταιρεία και επικαλείται την ως άνω σύνοψη της μελέτης 2017, με την οποία, όπως ισχυρίζεται, αποδεικνύεται ότι οι κοπτοράπτες με κλιπς κυκλικής διατομής όπως ο κοπτοράπτης του οίκου, τοποθετούν ισχυρότερα κλιπ σε σχέση με αυτά της ορθογώνιας διατομής του

Αριθμός απόφασης: 39/2018

..... Επίσης, «η ανακλινόμενη κεφαλή στους κυκλικούς αναστομωτήρες, δεν υπερέχει έναντι της μη ανακλινόμενης κεφαλής, απλώς πρόκειται για διαφορετικής φιλοσοφίας εργαλεία με αντιστοίχως καλά και ασφαλή για τον ασθενή κλινικά αποτελέσματα». Για παράδειγμα, επικαλείται η προσφεύγουσα τον κυκλικό αναστομωτήρα του οίκου που διαθέτει η ίδια όπου αφαιρείται με ασφάλεια με τη χρήση ειδικού μηχανισμού χωρίς να τραυματίζει τον ιστό. Ως εκ τούτου, η ως άνω προδιαγραφή θα έπρεπε να τροποποιηθεί και να επαναδιατυπωθεί ως ακόλουθα: «Κυκλικός αναστομωτήρας, κυρτός, με ισχυρούς αγκήρες (κλιπς) από κράμα τιτανίου, ανακλινόμενη ή μη κεφαλή, μία χειρολαβή, μήκους στυλεού 35-37cm και διάμετρο αναστόμωσης...».

93. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της αναφέρει ότι: «Ζητούνται εργαλεία και σε άλλους α/α του διαγωνισμού (κωδικοί νοσοκομείου ΥΣ018050, ΥΣ018055 & ΥΣ018056), άρα δεν περιορίζεται ο ανταγωνισμός, ούτε η προσφεύγουσα εταιρεία, η οποία μπορεί να προσφέρει και σε λοιπούς α/α». Περαιτέρω, για την ορθογώνια διατομή επαναλαμβάνει τους προαναφερόμενους ισχυρισμούς της, ενώ για την «ανακλινόμενη κεφαλή» αναφέρει ότι: «Προσφέρει ασφαλέστερη αφαίρεση του εργαλείου από το ορθόν μετά την πυροδότηση του, καθώς η ανάκλιση της κεφαλής μειώνει την πιθανότητα να εγκλωβιστεί ιστός μεταξύ της κεφαλής και του εργαλείου που μπορεί να επιφέρει ρίξη της αναστόμωσης και συνεπώς διαφυγή».

94. Επειδή σχετικά με την ορθογώνια διατομή ισχύουν *mutatis mutandis* όσα αναφέρονται στα σκεπτ.63-65.

95. Επειδή η παρεμβαίνουσα παραπέμπει εκ νέου στο Παρατηρητήριο Τιμών και σε μελέτη Ελληνικού Πανεπιστημίου, ισχύουν *mutatis mutandis* όσα αναφέρονται στο σκεπτ. 60.

96. Επειδή η προσφεύγουσα αναφέρει ότι στον όρο με Α/Α 80 (κωδικός ΥΛ001155) των προδιαγραφών λαπαροσκοπικών της διακήρυξης ζητείται «Εργαλείο ενδοσκοπικής απολίνωσης αγγείων, διαμέτρου 10mm, με δυο ξεχωριστά στάδια λειτουργίας (φόρτισης και τοποθέτησης του κλιπ), δυνατότητα μερικού κλεισίματος του κλιπ για την διεξαγωγή χολαγγειογραφίας, αγκήρες (κλιπς) τιτανίου κι εγκάρσιες αυλακώσεις, με 15

Αριθμός απόφασης: 39/2018

κλιπς τιτανίου, μεγάλου μεγέθους (L)», «φωτογραφίζοντας» ουσιαστικά με το να ζητά το εργαλείο να έχει «δύο ξεχωριστά στάδια λειτουργίας» το προϊόν του κατασκευαστικού οίκου, το οποίο προσφέρει η εταιρεία Περαιτέρω, η προσφεύγουσα αναφέρει ότι, στην ουσία πρόκειται για ένα επουσιώδες χαρακτηριστικό δεδομένου ότι η τοποθέτηση του κλιπ και στις δύο περιπτώσεις (ένα ή δύο στάδια) επιτυγχάνεται με ασφάλεια χωρίς να τραυματίζει παρακείμενους ιστούς. Επίσης, κατά την προσφεύγουσα, οι αυλακώσεις είτε είναι εγκάρσιες είτε επιμήκης εξυπηρετούν στο να συγκρατούν το κλιπ στις σιαγόνες του εργαλείου, οπότε κανονικά η συγκράτηση του κλιπ θα έπρεπε να το ζητούμενο χαρακτηριστικό στην ως άνω προδιαγραφή και όχι οι αυλακώσεις. Ως εκ τούτου, η ως άνω προδιαγραφή, κατά την προσφεύγουσα, πρέπει να τροποποιηθεί και να επαναδιατυπωθεί ως ακόλουθα: «*Εργαλείο ενδοσκοπικής απολίνωσης αγγείων, διαμέτρου 10-12mm, με ένα ή δυο στάδια λειτουργίας (φόρτισης και τοποθέτησης του κλιπ), αγκήρες (κλιπς) τιτανίου και μηχανισμό συγκράτησης του κλιπ στις σιαγόνες του εργαλείου, με 15-20 κλιπς τιτανίου, μεγάλου μεγέθους (L)*».

97. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της αναφέρει ότι: «*δύο ξεχωριστά στάδια λειτουργίας*»: Προσφέρουν επιλογή στην φόρτιση ή όχι του κλιπ στις σιαγόνες, καθώς κατά την είσοδο του εργαλείου στο τροκάρ εάν το κλιπ είναι οπλισμένο στις σιαγόνες υπάρχει πιθανότητα μετατόπισης από τη θέση του λόγω του ενσωματωμένου μειωτήρα και των βαλβίδων αεροστεγανότητας που βρίσκονται εσωτερικά του τροκάρ. Αποτέλεσμα αυτού, η πτώση του ανοιχτού κλιπ στην κοιλιακή χώρα με πιθανό τραυματισμό παρακείμενων ιστών ή δομών (στομάχι, έντερο, ήπαρ, κλπ.) ή ακόμη και απώλεια οπτικής επαφής με το κλιπ που συνεπάγεται χρονική καθυστέρηση στην επέμβαση μέχρι την εύρεση και απομάκρυνση πλέον του ξένου σώματος. «*εγκάρσιες αυλακώσεις*»: Προσφέρουν ασφάλεια συγκράτησης (μη ολίσθησης) του αγγείου εντός των σιαγόνων κατά την πυροδότηση, καθώς οι αυλακώσεις βρίσκονται στην εσωτερική πλευρά του κλιπ κι όχι στην εξωτερική όπου συγκροτείται το κλιπ στο εργαλείο, όπως προφανώς λάθος ισχυρίζεται η προσφεύγουσα εταιρεία».

Αριθμός απόφασης: 39/2018

Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή αναφέρει ότι «Όπως προκύπτει κι από τον σχετικό πίνακα της Διακήρυξης σελ. 32 έως και 43, σχεδόν όλα τα ζητούμενα είδη υπάγονται στο Παρατηρητήριο Τιμών της Ε.Π.Υ (βλ. στήλες «κωδ. Π.Τ.» και «τιμή Π.Τ.»), όπου περιγράφονται τα ζητούμενα είδη και οι συγκεκριμένοι τεχνικοί όροι που προσβάλλονται από την προσφεύγουσα εταιρεία, όπως π.χ. «νέα κοπτική λάμα», «αρθρούμενες», «ενσωματωμένη κοπτική λάμα», «ορθογώνιας διατομής», «κλείδωμα κεφαλής», «ανακλινόμενη κεφαλή», «δύο ξεχωριστά στάδια λειτουργίας», κλπ. Συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή (Τζάνειο Νοσοκομείο) έχει κάθε δικαίωμα να επικαλεστεί τους τεχνικούς αυτούς όρους και τα είδη που υπάγονται στο Π.Τ. της Ε.Π.Υ.[.....] Τα συγκεκριμένα τεχνικά χαρακτηριστικά των εργαλείων ζητήθηκαν για να καλύψουν συγκεκριμένες χειρουργικές ανάγκες και πρακτικές. Το ότι αυτά αναφέρονται (όπως υποστηρίζει η προσφεύγουσα εταιρεία) στον κατάλογο μίας εταιρείας, δεν αποδεικνύει ταυτόχρονα ότι είναι και η μοναδική που διαθέτει αυτά τα χαρακτηριστικά, κάθε άλλο μάλιστα. Άλλωστε υπάρχουν ζητούμενα είδη στον διαγωνισμό με χαρακτηριστικά τα οποία δεν αποκλείουν την συμμετοχή της εταιρείας από την διαδικασία. Άρα δεν αποδεικνύεται ότι η συγκεκριμένη εταιρεία είναι η μοναδική που μπορεί να προσφέρει στους συγκεκριμένους α/α κωδικούς. Ο καθορισμός των αναγκαίων χαρακτηριστικών του κάθε υλικού, έχει προσδιοριστεί, ώστε να καλύπτουν όλες τις γενικές αλλά και ειδικές χειρουργικές ανάγκες του νοσοκομείου με έμφαση και προτεραιότητα στην ασφάλεια των ασθενών. Τόσο η εξειδίκευσή τους όσο και ο επιμερισμός τους μεταξύ παρεμφερών εργαλείων αλλά με διαφορετικά ειδικά χαρακτηριστικά, μπορούν να προσφερθούν αντίστοιχα στους παραπάνω αναγραφόμενους κωδικούς νοσοκομείου από πολλές εταιρείες που τα διαθέτουν, χωρίς να περιορίζεται κατ' αυτόν τον τρόπο η ευρύτητα συμμετοχής των διαγωνιζομένων. Ο συγκεκριμένος διαγωνισμός περιλαμβάνει κατηγορίες υλικών πχ Κυκλικοί αναστομωτήρες - συρραπτικά εργαλεία κλπ, που η διατύπωση των χαρακτηριστικών τους δεν αποκλείει την συμμετοχή προϊόντων διάφορων εταιρειών, συμπεριλαμβανομένης και της προσφεύγουσας ».

98. Επειδή η αναθέτουσα αρχή τεκμηριώνει επαρκώς τη σκοπιμότητα των οικείων ποιοτικών χαρακτηριστικών των εργαλείων της εν θέματι

Αριθμός απόφασης: 39/2018

προδιαγραφής και τον επιδιωκόμενο μέσω αυτών σκοπό αντικρούοντας και τους σχετικούς ισχυρισμούς της προσφεύγουσας ως προς την απαίτηση των εγκάρσιων αυλακώσεων.

99. Επειδή η προσφεύγουσα αναφέρει όλως αορίστως και, επομένως, απαραδέκτως, ότι ο επίμαχος όρος περιορίζει αδικαιολόγητα τον ελεύθερο ανταγωνισμό χωρίς να αιτιολογεί με ποιον τρόπο κάτι τέτοιο λαμβάνει χώρα με την πρόβλεψη δυο ξεχωριστών σταδίων λειτουργίας.

100. Επειδή η παρεμβαίνουσα παραπέμπει εκ νέου στο Παρατηρητήριο Τιμών και σε ξένους κατασκευαστικούς οίκους ισχύουν τα προαναφερόμενα με όλους τους παρόμοιους ισχυρισμούς της.

101. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισηγήση.

102. Επειδή, κατ'ακολουθίαν, πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή.

103. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ.5 Ν.4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει τον όρο A/A 47 ως προς τις απαιτήσεις που αφορούν στον συγκεκριμένο αριθμό αρθρώσεων (10) και πυροδοτήσεων (25) και τους όρους A/A 51, 52 και 54 ως προς τον συγκεκριμένο κύκλο απολίνωσης (2-4 sec).

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του παραβόλου ποσού τεσσάρων χιλιάδων εκατόν εβδομήντα οκτώ ευρώ (4.178,00 €).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 28 Δεκεμβρίου 2017 και εκδόθηκε στις 17 Ιανουαρίου 2018 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Ειρήνη Ε. Αψοκάρδου

Ο Γραμματέας

Σταμάτιος Μαλινδρέτος