

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**4ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 12 Ιουλίου 2018 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Κίτσος, Πρόεδρος, Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 08.06.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/521/08.06.2018 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του Γενικού Νοσοκομείου Ξάνθης [εφεξής αναθέτουσα αρχή].

Με την Προδικαστική Προσφυγή η αιτούσα επιδιώκει όπως ακυρωθούν, άλλως τροποποιηθούν, οι προσβαλλόμενοι όροι (5β, 22β, 23 του είδους υπ' αριθμ. 17) της υπ' αριθμ. 7038/2018 Διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής με αντικείμενο την «Προμήθεια ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού για το Γενικό Νοσοκομείο Ξάνθης», προϋπολογισμού 1.655.645,16€ πλέον Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει σχέσης ποιότητας - τιμής.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί αντίστοιχα, το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό 217983416958 0807 0027, ποσού ευρώ εξακοσίων (€600,00), σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1-2 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 παρ. 1-2 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την Προδικαστική Προσφυγή της κάνοντας χρήση του τυποποιημένου εντύπου της ΑΕΠΠ, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

3. Επειδή, η ΑΕΠΠ είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού (εκ ποσού 1.655.645,16€ πλέον Φ.Π.Α.), σύμφωνα με τα άρθρα 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017 και 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 Ν. 4487/2016 (ΦΕΚ Α' 116), δεδομένου πως η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία ξεκίνησε μετά τις 26.06.2017.

4. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την πλήρη, πραγματική γνώση της προσβαλλόμενης πράξης από την προσφεύγουσα, η οποία έλαβε χώρα την 29.05.2018. Επισημαίνεται ότι η προσφεύγουσα έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης πράξης πριν την παρέλευση δεκαπενθημέρου από τη δημοσίευση της Διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ, η οποία έλαβε χώρα την 25.05.2018 (ΑΔΑΜ:18PROC003160111).

5. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την Προδικαστική Προσφυγή έχοντας άμεσο, προσωπικό και ενεστώς (κατά τον χρόνο κατάθεσης) έννομο συμφέρον, καθώς δραστηριοποιείται ενεργά στον τομέα που αποτελεί το αντικείμενο της επίμαχης προμήθειας, με συνέπεια να υφίσταται βλάβη, κατά το άρθρο 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, δεδομένου ότι η διατήρηση της ισχύος των προσβαλλόμενων όρων θα καθιστούσε, όπως υποστηρίζεται στην Προσφυγή της, αδύνατη τη συμμετοχή της στην υπόψη διαγωνιστική διαδικασία.

6. Επειδή, στο άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «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. [...]».(ΔΕΕ, Απόφαση της 18.11.1999, Υπόθεση C-275/98, Unitron Scandinavia A/S, σκέψη 31· ΔΕΕ, Απόφαση της 7.12.2000, Υπόθεση C-324/98, Telaustria Verlags GmbH, σκέψη 61· ΔΕΕ, Απόφαση της 18.06.2002, Υπόθεση C-92/00, Stadt Wien, σκέψη 45).

7. Επειδή, στο άρθρο 54 «Τεχνικές προδιαγραφές» παρ. 2 έως 4 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «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 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 προτύπων, 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 συνοδεύεται από τον όρο ή «ισοδύναμο», γ) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις κατά τα

οριζόμενα στην περίπτωση α', με παραπομπή, ως τεκμήριο συμβατότητας προς τις εν λόγω επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β', δ) με παραπομπή στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' για ορισμένα χαρακτηριστικά και με παραπομπή στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις που αναφέρονται στην περίπτωση α' για ορισμένα άλλα χαρακτηριστικά. 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 αντικείμενου της σύμβασης κατ' εφαρμογή της παρ. 3. Η εν λόγω μνεία συνοδεύεται από τον όρο «ή ισοδύναμο» [...].».

8. Επειδή, στο άρθρο 4 (Ελεύθερη κυκλοφορία, προϊόντα ειδικού προορισμού) της με αριθμό ΔΥ8δ/Γ.Π.οικ.130648/2009 κοινής υπουργικής απόφασης (ΦΕΚ Β' 2198) «Περί ιατροτεχνολογικών προϊόντων» προβλέπεται ότι: «1. Δεν εμποδίζεται η διάθεση στην αγορά και η έναρξη χρήσης των προϊόντων που φέρουν τη σήμανση CE που προβλέπεται στο άρθρο 17 και η οποία δηλώνει ότι τα προϊόντα έχουν αποτελέσει αντικείμενο αξιολόγησης της συμμόρφωσής τους σύμφωνα με το άρθρο 11 [...].».

9. 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 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 124/2015, 9/2015, 354/2014).

10. Επειδή, η αρχή της διαφάνειας, προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στη Διακήρυξη του Διαγωνισμού ή στη Συγγραφή Υποχρεώσεων, κατά τρόπο 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 έλεγχος του εάν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (ΔΕΕ C-496/1999, CAS Succhi di Frutta SpA, σκέψη 111 κλπ).

11. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣτΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους,

καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C-19/00 Siac Construction Ltd, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54 κλπ).

12. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή εξέδωσε την υπ' αριθμόν 7378/2018 Διακήρυξη (ΑΔΑΜ:18PROC003160111), με αντικείμενο την «Προμήθεια ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού για το Γενικό Νοσοκομείο Ξάνθης», με συνολική προϋπολογισθείσα αξία 1.655.645,16€ πλέον Φ.Π.Α. και κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει σχέσης ποιότητας – τιμής. Η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή ασκείται για την προμήθεια του υπ' αριθμ. 17 είδους, ήτοι για την προμήθεια 8 μηχανημάτων τεχνητού νεφρού αιμοδιήθησης και on-line μεθόδων, προϋπολογισθείσας αξίας 96.774,19€ πλέον Φ.Π.Α.

13. Επειδή, στο Παράρτημα Ι της Διακήρυξης (Αναλυτική Περιγραφή - Τεχνικές Προδιαγραφές - Πίνακες Κριτηρίων Αξιολόγησης & Συντελεστών Βαρύτητας – Ειδικοί Όροι) και ειδικότερα στο Κεφάλαιο Ι.17. (Τεχνικές Προδιαγραφές - Μηχάνημα Τεχνητού Νεφρού Αιμοδιήθησης και on-line μεθόδων) προβλέπονται, μεταξύ άλλων, οι εξής τεχνικές προδιαγραφές για τα υπό προμήθεια μηχανήματα τεχνητού νεφρού αιμοδιήθησης και on-line μεθόδων: «ΟΜΑΔΑ Α' – Τεχνικές Προδιαγραφές Ποιότητας και Απόδοσης: [...] 5. α. [...] β. Το μηχάνημα θα πρέπει να δέχεται αρτηριοφλεβικές γραμμές που δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής [...] 22. α. [...] β. Να δέχεται φύσιγγα σκόνης διττανθρακικών που δεν καλύπτεται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής. 23. Να διενεργεί τη μέθοδο της Αιμοδιήθησης, Αιμοδιαδιήθησης με on-line παρασκευή διαλυμάτων υποκατάστασης και αιμοκάθαρσης. Τα αναλώσιμα υλικά για την διεξαγωγή των ως άνω μεθόδων δεν θα πρέπει να καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής [...]».

14. Επειδή, η προσφεύγουσα επικαλείται παράβαση γενικών αρχών και διατάξεων της ειδικής ενωσιακής και εθνικής νομοθεσίας, που διέπει τη διενέργεια δημόσιων διαγωνισμών. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα προσβάλλει τις υπ' αριθμ. 5β, 22β και 23 τεχνικές προδιαγραφές της Ομάδας Α' για το είδος υπ' αριθμ. 17, επικαλούμενη παράβαση των αρχών της διαφάνειας, του ελεύθερου ανταγωνισμού και της ισότητας των διαγωνιζομένων καθώς και του ειδικού ενωσιακού και εθνικού κανονιστικού πλαισίου για την οριοθέτηση των τεχνικών προδιαγραφών των υπό προμήθεια μηχανημάτων. Σύμφωνα με τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, η απαίτηση της Διακήρυξης το μηχάνημα να δέχεται αρτηριοφλεβικές γραμμές που δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής, να δέχεται φύσιγγα σκόνης διττανθρακικών που δεν καλύπτεται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής και, ομοίως, τα αναλώσιμα υλικά για τη διεξαγωγή των ως άνω μεθόδων να μην καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής τέθηκε από την αναθέτουσα αρχή παρανόμως, καθιστώντας «όχι απλώς ουσιωδώς δυσχερή, αλλά αδύνατη» τη συμμετοχή της εν λόγω εταιρείας «με αξιώσεις κατακύρωσης», «αποκλείοντας ουσιαστικά, εκ προοιμίου, από τον εν λόγω διαγωνισμό, τις εταιρείες που διαθέτουν μηχανήματα των οποίων τα αναλώσιμα προστατεύονται από το εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής». Η προσφεύγουσα προσθέτει ότι «η διαμόρφωση, συνεπώς, περιβάλλοντος πραγματικού ανταγωνισμού στο πλαίσιο του επίμαχου διαγωνισμού και η εξέταση μιας δυναμικής προσφοράς μας σε αυτό το πλαίσιο, καθίσταται ουσιαστικά αδύνατη εξαιτίας ενός νομικού περιορισμού που ουδεμία σχέση έχει με τη χρήση και την απόδοση των υπό προμήθεια μηχανημάτων, έτσι ώστε να αποκλείεται παρανόμως η προσφορά άλλων πλήρως συμμορφούμενων προς τις τεχνικές προδιαγραφές προϊόντων στον διαγωνισμό, όπως τα προσφερόμενα από την εταιρεία μας και εξ όσων γνωρίζουμε την εταιρεία .....». Σύμφωνα με την προσφεύγουσα, ο όρος «εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής» αποτελεί νομικό και όχι τεχνικό χαρακτηρισμό, «που ουδεμία σχέση έχει με την τεχνική απόδοση του εκάστοτε μηχανήματος, αλλά αντιθέτως, προφανώς, πιστοποιεί την ποιότητα και την εξελιγμένη κατασκευή του μηχανήματος αυτού». Η εν λόγω εταιρεία αναφέρει

ότι το μηχάνημα που θα προσέφερε είναι του οίκου ..... με κωδικό ....., το οποίο πληροί τις ουσιαστικές τεχνικές απαιτήσεις της Διακήρυξης και μάλιστα μπορεί να οδηγήσει σε εξοικονόμηση κόστους ανά εκτέλεση θεραπείας, ίσο κατ' εκτίμηση με το συνολικό κόστος φίλτρων και γραμμών αίματος που προμηθεύεται το νοσοκομείο ανά θεραπεία. Η Διακήρυξη, κατά την προσφεύγουσα, φωτογραφίζει ένα συγκεκριμένο τύπο μηχανήματος και θέτει «αδικοιολόγητα, ανταγωνιστικά εμπόδια», με αποτέλεσμα να της στερεί τη δυνατότητα να υποβάλει προσφορά και να οδηγήσει σε μία παράνομη, ολιγοπωλιακή κατάσταση. Η αναθέτουσα αρχή προβαίνει στον υπέρμετρο αυτό περιορισμό του ανταγωνισμού, «χωρίς αυτό να δικαιολογείται από κάποιο λόγο δημοσίου συμφέροντος, χωρίς κάτι τέτοιο να είναι αναγκαίο για την κατά προορισμό χρήση του υπό προμήθεια προϊόντος, αλλά και χωρίς διόλου να συνδέεται ο περιορισμός αυτός με το εν γένει αντικείμενο της σύμβασης, δεδομένου ότι οι επίμαχοι εδώ περιοριστικοί όροι, που συρρικνώνουν τον αριθμό των υποψηφίων προμηθευτών δεν αφορούν καθόλου την σκοπούμενη χρήση των ζητούμενων μηχανημάτων τεχνητού νεφρού, ούτε τις τεχνικές προδιαγραφές αυτών». Για τους λόγους αυτούς, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση, άλλως τροποποίηση των προσβαλλόμενων όρων, προκειμένου να μπορέσει να συμμετάσχει στον Διαγωνισμό.

15. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή στις από 18.06.2018 Απόψεις της επί της Προδικαστικής Προσφυγής αναφέρει ότι, κατά τη σύνταξη των τεχνικών προδιαγραφών της εν λόγω Διακήρυξης, είχε ζητήσει από τους οικονομικούς φορείς να υποβάλουν προτάσεις και η προσφεύγουσα είχε ανταποκριθεί, το δε υλικό που προέκυψε αναρτήθηκε στον ιστότοπο της αναθέτουσας αρχής με το υπ' αριθμ. 377/11.01.2017 έγγραφο. Στη συνέχεια, με την υπ' αριθμ. 15547/28.11.2016 Απόφαση του Διοικητή του Νοσοκομείου συγκροτήθηκε η Επιτροπή σύνταξης των σχετικών Τεχνικών Προδιαγραφών (ΑΔΑ: ΩΜΟ246907Ω-ZΜΗ), η οποία και συνέταξε το αρχικό πρακτικό, το οποίο με το υπ' αριθμ. 1557/07.02.2017 έγγραφο του Νοσοκομείου, τέθηκε σε 1η Δημόσια Διαβούλευση, στην οποία η προσφεύγουσα δεν συμμετείχε, ενώ η εταιρεία



....., επισήμανε την παράλειψη του αποκλεισμού από το διαγωνισμό μηχανημάτων με εργοστασιακό απόρρητο ως προς τα αναλώσιμα υλικά (γραμμές και φύσιγγες διττανθρακικών). Οι υποβληθείσες παρατηρήσεις αξιολογήθηκαν από την Επιτροπή, η οποία συμπλήρωσε με τον όρο αυτό τις προδιαγραφές και συνέταξε σχετικό πρακτικό, το οποίο με το υπ' αριθ. 4233/04.04.2018 έγγραφο του Νοσοκομείου, τέθηκε σε 2η ακολούθως Δημόσια Διαβούλευση, κατόπιν της οποίας οριστικοποιήθηκαν οι τεχνικές προδιαγραφές και εγκρίθηκαν με την υπ' αριθ. 137/12.05.2017 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου. Η αναθέτουσα αρχή συμπληρώνει στις Απόψεις της ότι «οι προμηθεύτριες εταιρείες Φίλτρων Τεχνητού Νεφρού προσφέρουν μαζί με τα φίλτρα, δωρεάν τα αναλώσιμα υλικά (γραμμές) των μηχανημάτων στα δημόσια Νοσοκομεία. Θέλοντας λοιπόν να προμηθεύσουν τις γραμμές για τα εν λόγω μηχανήματα θα είναι υποχρεωμένες να τα προμηθεύονται από την συγκεκριμένη εταιρία που την καλύπτει το εργοστασιακό απόρρητο, και σε τιμή που θα καθορίζεται μόνο από αυτήν, κατάσταση έμμεσα μονοπωλιακή, αφού θα οδηγούσε στην εξανέμιση οποιασδήποτε δυνατότητας προσφοράς – έκπτωσης στα φίλτρα (με αντίστοιχες γραμμές) από άλλες εταιρίες με συνέπεια να την άρνηση παραγγελιών και συμμετοχής σε διαγωνισμούς. Έτσι στην πράξη, με την χρόνια χρήση και λειτουργία των μηχανημάτων με εργοστασιακό απόρρητο, το Νοσοκομείο αντί να ωφελείται ζημιώνεται. Τα ίδια ισχύουν και για τις προδιαγραφές των σημείων 22β. και 23 του Παραρτήματος 1.17 των Τεχνικών Προδιαγραφών καθ' όσον οι φύσιγγες διττανθρακικών που προσαρμόζονται στα συγκεκριμένα μηχανήματα θα παρέχονται αποκλειστικά από την εταιρία με την κάλυψη του εργοστασιακού απορρήτου, καθιστώντας επίσης μονοπωλιακή την προμήθεια των υλικών αυτών. Επισημαίνεται δε ότι, η αρμόδια επιτροπή οριστικοποίησε τις προδιαγραφές της προς ανάπτυξη συνθηκών υγιούς ανταγωνισμού, ευρείας συμμετοχής και ίσης μεταχείρισης των επιχειρήσεων με σκοπό την αντικατάσταση και εκσυγχρονισμό των μηχανημάτων της Μονάδας Τεχνητού Νεφρού του Νοσοκομείου για μακροχρόνια ομαλή λειτουργία αυτών με τη μικρότερη δυνατή οικονομική

επιβάρυνση για το Νοσοκομείο και την αποφυγή δημιουργίας συνθηκών περιορισμού του ανταγωνισμού».

16. Επειδή, από την επισκόπηση του Διαγωνισμού στον δικτυακό τόπο του ΕΣΗΔΗΣ (Α/Α 57115) προέκυψε πως μετά την κατάθεση της υπό κρίση Προσφυγής η προσφεύγουσα συμμετείχε στον επίμαχο Διαγωνισμό, υποβάλλοντας την με Α/Α ..... ηλεκτρονική προσφορά, η οποία αποσφραγίστηκε μαζί με τις άλλες 2 υποβληθείσες προσφορές (των εταιρειών ..... και .....) την 02.07.2018. Από την αναλυτική επισκόπηση των 63 συνολικά ηλεκτρονικών αρχείων που απαρτίζουν τα Δικαιολογητικά Συμμετοχής και την Τεχνική Προσφορά της προσφεύγουσας, το κρίνον Κλιμάκιο διαπίστωσε ότι στα αρχεία αυτά δεν είχε συμπεριληφθεί δήλωση συμμετοχής στον Διαγωνισμό με επιφύλαξη. Αντιθέτως, στο αρχείο «Τεχνική προσφορά συστήματος» η προσφεύγουσα δηλώνει ρητά ότι «Η εταιρεία μας ανταποκρινόμενη στις τεχνικές προδιαγραφές και τους ειδικούς όρους της διακήρυξης, υποβάλλει όλα όσα ορίζονται σε αυτή», επιβεβαιώνοντας ότι ουδόλως παρεμποδίσθηκε από τους προσβαλλόμενους όρους να υποβάλλει προσφορά. Καταληκτικά, παρόλο που η κρατούσα νομολογία απαιτεί από τον προσφεύγοντα που τελικά συμμετείχε στον Διαγωνισμό με επιφύλαξη, την επίκληση ειδικών ισχυρισμών αναφορικά με την βλάβη που ενδέχεται να υποστεί από τον προσβαλλόμενο όρο της Διακήρυξης, εν προκειμένω η προσφεύγουσα τελικώς, παρά τα όσα σχετικά ισχυρίστηκε, όχι μόνο δεν προέβαλε ειδικούς ισχυρισμούς αναφορικά με την ενδεχόμενη βλάβη της, αλλά συμμετείχε και χωρίς διατύπωση επιφυλάξεως.

17. Επειδή, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. κατά την έννοια του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 και του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016, κατά της Διακήρυξης ή των τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την Προσφυγή αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί, με τρόπο συγκεκριμένο και ειδικό, βλάβη από συγκεκριμένο 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. Επειδή, εάν, εν συνεχεία, λάβει μέρος στον Διαγωνισμό, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την Προσφυγή αυτή με έννομο συμφέρον, η συμμετοχή του στον Διαγωνισμό να συνοδεύεται από τη διατύπωση επιφυλάξεως ως προς τη νομιμότητα του όρου ή των όρων της Διακήρυξης από τους οποίους βλάπτεται (πάγια νομολογία: ΣΤΕ ΕΑ: 16/2015, 9/2015, 314/2013, 472/2012, 718/2012, 714/2012, 890/2009, 881/2008, ΣΤΕ 1415/2008, ΔΕφΑθ (Αναστ.) 44/2015, ΔΕφΑθ (Ασφ) 561/2013 κλπ). Τα ανωτέρω ισχύουν, πολύ περισσότερο, εάν η προθεσμία για την κατάθεση προσφοράς λήξει, πριν εκδικασθεί η Προδικαστική Προσφυγή και ο αιτών δεν έχει λάβει μέρος (με επιφύλαξη) στον Διαγωνισμό, οπότε το έννομο συμφέρον του διατηρείται, μόνον εφόσον έχει προβάλει κατά τρόπο συγκεκριμένο και ειδικό ότι η Διακήρυξη περιλαμβάνει όρο ή όρους που αποκλείουν παρανόμως τη συμμετοχή του στον Διαγωνισμό ή ότι την εκ μέρους του υποβολή προσφοράς κατέστησαν ανέφικτη ή ουσιωδώς δυσχερή ορισμένες, προβαλλόμενες με την Προδικαστική Προσφυγή, πλημμέλειες της Διακήρυξης (ΣΤΕ ΕΑ: 882/2011, 472/2012, 718/2012, 714/2012 κλπ).

18. Επειδή, οι λόγοι, για τους οποίους η αιτούσα αμφισβητεί τους προβαλλόμενους όρους της οικείας Διακήρυξης καθίστανται απορριπτέοι, προεχόντως, ως προβαλλόμενοι άνευ εννόμου συμφέροντος, καθώς με την ανεπιφύλακτη αποδοχή των όρων της Διακήρυξης κατά την υποβολή της προσφοράς της στον υπόψη Διαγωνισμό, η προσφεύγουσα αποστερήθηκε του εννόμου συμφέροντός της να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της οικείας Διακήρυξης και ως εκ τούτου (διακοπή αιτιώδους συνδέσμου), προεχόντως οι προβαλλόμενοι λόγοι είναι απορριπτέοι, ως απαράδεκτοι. Δεν ασκεί δε καμία επιρροή ότι, πριν από την ανεπιφύλακτη συμμετοχή της στον Διαγωνισμό, η προσφεύγουσα είχε καταθέσει την Προδικαστική Προσφυγή (ΔΕφΑθ 545/2013, ΣΤΕ ΕΑ: 342/2009, 881/2008, 63/2008, 452/2008, 1040/2005 κλπ).

19. Επειδή, συμπερασματικά, η προσφεύγουσα άσκησε μεν, σύμφωνα με το άρθρο 360 του Ν.4412/2018 (αντίστοιχα άρθρο 3 του Π.Δ. 39/2017) την κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π, επικαλούμενη ότι συγκεκριμένοι όροι της Διακήρυξης αποκλείουν ή δυσχεραίνουν ουσιωδώς τη συμμετοχή της στον Διαγωνισμό τελικά, όμως, έλαβε μέρος σε αυτόν, χωρίς η συμμετοχή της αυτή να συνοδεύεται από διατύπωση επιφυλάξεως ως προς τη νομιμότητα των προσβαλλόμενων όρων, απαραδέκτως και άνευ εννόμου συμφέροντος προβάλλονται οι σχετικοί λόγοι Προσφυγής και για τον λόγο αυτόν, τυγχάνουν απορριπτέοι.

20. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

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

**Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 12.07.2018 και εκδόθηκε στις 25.07.2018.

**Ο Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Ιωάννης Κίτσος**

**Ιωάννα Κακλαράνη**