

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 29^η Ιουλίου 2019 με την εξής σύνθεση: Μαργαρίτα Κανάβα, Πρόεδρος-Εισηγήτρια, Ειρήνη Αψοκάρδου και Απόστολος Σιαπέρας Μέλη.

Για να εξετάσει την από 26.6.2019 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 763/24.6.2019 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στο, όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του«.....» (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμόδιακήρυξης δημόσιου ηλεκτρονικού διαγωνισμού με αντικείμενο «.....» (εφεξής η «προσβαλλόμενη») και κατά

Του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» (εφεξής ο «πρώτος παρεμβαίνων»), που εδρεύει στο, όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά

Του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» (εφεξής ο «δεύτερος παρεμβαίνων»), που εδρεύει στη όπως εκπροσωπείται νόμιμα

Με την Προδικαστική Προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση των Τεχνικών Προδιαγραφών υπ' αριθμό 2-Κατηγορία Συνθετικά απορροφήσιμα μέσης απορρόφησης «*Ράμμα πολύκλωνο μέσης απορρόφησης με στήριξη ιστού 80% στις 14 μέρες από γλυκολίδη και λακτίδη ή παρόμοιο, με βελόνη από ανοξείδωτο χάλυβα 455 και περιεκτικότητας 8-10% σε νικέλιο ή ισοδύναμο*» και υπ' αριθμό 6B – Κατηγορία Συνθετικά απορροφήσιμα μονόκλωνα βραδείας «*Ράμμα μονόκλωνο απορροφήσιμο βραδείας απορρόφησης από πολυδιοξανόνη ή παρόμοιο, με στήριξη ιστού για 42 ημέρες μετά την εμφύτευση , διατηρώντας το 35% της τάσεως του για*

Αριθμός απόφασης: 924/2019

ράμματα πάχους 4-0 και μικρότερα και το 60% για ράμματα πάχους 3-0 και μεγαλύτερα. Να απορροφούνται από τον οργανισμό σε περίπου 182-238 ημέρες ,με βελόνη από ανοξείδωτο χάλυβα 455 και περιεκτικότητας 8- 10% σε νικέλιο ή ισοδύναμο» του Παραρτήματος Ι - Τεχνικές Προδιαγραφές της προσβαλλόμενης

Με τις παρεμβάσεις τους οι παρεμβαίνοντες επιδιώκουν την απόρριψη της προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής του προσφεύγοντος έχει καταβληθεί νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό, την από 21.06.2019 πληρωμή στην Τράπεζα και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης σχετικά με την οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 70.793,00 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή με την υπ' αριθμ.διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε δημόσιο Ανοιχτό Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό κάτω των ορίων για την «.....», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, προϋπολογισμού 79.996,09 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στις 21.06.2019 στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με ΑΔΑΜ καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της

Αριθμός απόφασης: 924/2019

διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017 και έχει κατατεθεί εμπροθέσμως στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 26.06.2019 σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. γ'), ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη γνώση της προσβαλλόμενης, η οποία έλαβε χώρα κατά δήλωση του προσφεύγοντος την 21.06.2019, η δε προσβαλλόμενη δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 21.06.2019.

6. Επειδή την 26.06.2019 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής σε όλους τους ενδεχόμενα ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς με ανάρτησή της στην αρχική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

7. Επειδή με την υπ' αριθμ. 945/2019 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

8. Επειδή με την με αριθμ. πρωτ. 1537/27.06.2019 απόφαση του Διοικητή του Νοσοκομείου αποφασίστηκε η αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας.

9. Επειδή ο πρώτος παρεμβαίνων κατέθεσε την 4.07.2019, ήτοι εμπροθέσμως, στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού, την με αριθμό ΑΕΠΠ ΠΑΡ 632/2019 παρέμβασή του. Ωστόσο, στην παρέμβασή του απουσιάζει οιαδήποτε επίκληση περί της πρόθεσής του να συμμετάσχει στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία. Η μη δήλωση όμως της πρόθεσης συμμετοχής του στη διαγωνιστική διαδικασία συνεπάγεται και τη μη ύπαρξη βλάβης από την υπό εξέταση προσφυγή. Ως εκ τούτου, ο πρώτος παρεμβαίνων άνευ εννόμου συμφέροντος αιτείται την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής και η παρέμβασή του πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

10. Επειδή ο δεύτερος παρεμβαίνων κατέθεσε την 8.07.2019, ήτοι εμπροθέσμως, στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού, την με αριθμ. ΑΕΠΠ

Αριθμός απόφασης: 924/2019

ΠΑΡ 646/2019 παρέμβασή του, ο οποίος, κατά δήλωσή του, είναι αντιπρόσωπος στην Ελλάδα των ραμμάτων της εταιρείας, επιθυμεί δε να συμμετάσχει στον διαγωνισμό και άρα με έννομο συμφέρον αιτείται την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης διακήρυξης.

11. Επειδή η αναθέτουσα αρχή την 16.07.2018 ανήρτησε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού μέσω της «επικοινωνίας» τις απόψεις της επί της προσφυγής, τις οποίες κοινοποίησε αυθημερόν στον προσφεύγοντα.

12. Επειδή, ο προσφεύγων την 9.07.2019, ήτοι προ κοινοποίησης προς αυτόν των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, ανήρτησε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού και απέστειλε στην ΑΕΠΠ μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου υπόμνημα. Ωστόσο, το ισχύον θεσμικό πλαίσιο δεν προβλέπει την κατάθεση υπομνήματος ούτε προς περαιτέρω θεμελίωση των λόγων της προσφυγής ούτε για την αντίκρουση των ισχυρισμών των παρεμβαινόντων, και, ως εκ τούτου, το από 9.07.2019 υπόμνημα με τα επισυναπτόμενα έγγραφα δεν λαμβάνονται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο.

13. Επειδή ο προσφεύγων την 17.06.2019 ανήρτησε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού και απέστειλε στην ΑΕΠΠ μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου δεύτερο υπόμνημα προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής. Το ως άνω υπόμνημα κατατέθηκε εμπροθέσμως σύμφωνα με το τελευταίο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, όπως αυτό προστέθηκε με το ν. 4605/2019 (ΦΕΚ 52/Α/1-4-2019), δοθέντος ότι η διάσκεψη για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής ορίσθηκε στις 29.7.2019 και, ως εκ τούτου, λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο

14. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

15. 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*

Αριθμός απόφασης: 924/2019

από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, 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».

16. Επειδή κατά την έννοια του ενωσιακού δικαίου (βλ. σχετικά άρθρο 6 ΕΣΔΑ) ως ερμηνεύεται από το ΕΔΔΑ, η έννοια του «θιγόμενου» ταυτίζεται με το άτομο που βλάπτεται άμεσα από την αμφισβητούμενη πράξη ή παράλειψη (βλ. Johnston κα 18.12.1986, Prager και Oberschlick, 26.4.1995).

17. Επειδή, κατά τη θεωρία και νομολογία, το έννομο συμφέρον θα πρέπει να είναι και άμεσο από την άποψη ότι το προβαλλόμενο προσωπικό συμφέρον πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με το πρόσωπο του προσφεύγοντος, χωρίς να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, και ενεστώς, δηλαδή να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό (Π. Δαγτόγλου, Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014). Πρέπει, επομένως, να υπάρχει συρροή των κάτωθι : α) η προσβαλλόμενη πράξη να έχει προκαλέσει βλάβη, υλική ή ηθική, και β) να υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της προβαλλόμενης βλάβης (ΣτΕ 7μ. 1898/2016), ήτοι μια ειδική έννομη σχέση του προσφεύγοντα με την προσβαλλόμενη πράξη (Σπ. Βλαχόπουλος, Όψεις της δικαστικής προστασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας – το παράδειγμα του ν. 2522/1997 για τα δημόσια έργα, 1998, σελ. 199, Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2017, σελ. 745 επ.) άλλως να την υφίσταται υπό συγκεκριμένη ιδιότητα ως υποψηφίου στην οικεία διακήρυξη (ΣτΕ 880/2016 7μ. σκ. 13, 1844/2013 7μ. σκ. 15, 2973/1989), άλλως, ως ενδιαφερομένου μεν να συμμετάσχει σ' αυτήν, αλλά αποκλεισμένου δυνάμει ρήτρας της προκηρύξεως (ΣτΕ 4606/2012, 1982-1985, 1987/2011) και δεν αρκεί το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για την σύννομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΣτΕ 4391/2011 7μ., 2446/1992 7μ.). Περαιτέρω, δέον είναι το έννομο συμφέρον να είναι και ενεστώς, ήτοι η βλάβη που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο να έχει ήδη επέλθει ή να είναι βέβαιο ότι θα επέλθει κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής (ΣτΕ 1442/97, ΔΔικ 1997/1136) και να υφίσταται σωρευτικά τόσο κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης, όσο και

Αριθμός απόφασης: 924/2019

κατά την άσκηση της προσφυγής και την εξέταση αυτής (παρ. ενδεικτικά ΣΤΕ 956/95 ΔΔικ 1995/577, ΣΤΕ Ολομ. 280/96 ΔΔικ 1996/844, ΔΤΕ 416/2002λ 2239/2003, Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σελ 846-7).

18. Επειδή η βλάβη, ως βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, πρέπει να προσδιορίζεται ειδικώς (ΣΤΕ 1995/2016). Οφείλει, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται τις δυσμενείς μεταβολές που επέρχονται σε βάρος του από την πράξη προς θεμελίωση του έννομου συμφέροντος για άσκηση προσφυγής (βλ. ΣΤΕ 3905/2004).

19. Επειδή το έννομο συμφέρον αφορά κάθε νομική ή πραγματική κατάσταση που αναγνωρίζεται από το δίκαιο και από την οποία ο αιτών βάσει ενός ιδιαίτερου δεσμού αντλεί ωφέλεια, η οποία θίγεται από την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη (Γλυκερία Π. Σιούτη, Το έννομο συμφέρον στην αίτηση ακύρωσης, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1998, σελ. 23). Ειδικότερα, όσον αφορά την προσφυγή κατά όρων διακήρυξης, ο προσφεύγων πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣΤΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756).

20. Επειδή το αδύνατο της συμμετοχής ενδιαφερομένου σε διαγωνιστική διαδικασία πρέπει να οφείλεται στην προβαλλόμενη παρανομία της διοίκησης και όχι στην εκ μέρους του ακολουθούμενη εμπορική πολιτική. Επομένως εφόσον με τις προβαλλόμενες αιτιάσεις ο προσφεύγων επιδιώκει την τροποποίηση όρων της διακήρυξης παρότι διαθέτει τον τύπο μηχανήματος που απαιτεί η διακήρυξη προκειμένου να του δοθεί η δυνατότητα να προσφέρει έτερο μηχάνημα που διαθέτει, τότε η συμμετοχή του δεν παρεμποδίζεται από όρο της διακήρυξης αλλά είναι συνέπεια της εμπορικής του πολιτικής, η δε αίτηση ανεξαρτήτως της βασιμότητας των

Αριθμός απόφασης: 924/2019

προβαλλόμενων λόγων (πρβλ ΣτΕ ΕΑ 434/2008) είναι απορριπτέα ως ασκούμενη άνευ εννόμου συμφέροντος [(ΣτΕ ΕΑ 581/2008), βλ. και Φ. Αρναούτογλου, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων, Νομική Βιβλιοθήκη, 2η έκδοση, παρ. 133 σελ.96-97).

21. Επειδή σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής του από την αναθέτουσα αρχή, το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής ως και από τον δικαστή (βλ. ΣτΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κα). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣτΕ 928/2004) υπό την έννοια ότι δεν δύναται το αρμόδιο όργανο να συμπληρώσει τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος καθόσον το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει ο τελευταίος (ΣτΕ 4524/2009, 3900/2006) και μόνο προαποδεικτικώς (ΣτΕ 1898/2016, 7μελής), ήτοι στην περίπτωση της προσφυγής με την κατάθεσή της εφόσον δεν προβλέπεται από τον Ν. 4412/2016 και το οικείο κανονιστικό πλαίσιο (ΠΔ 39/2017) η συμπλήρωση της προσφυγής με υποβολή υπομνήματος.

22. Επειδή ελέγχεται αυτεπάγγελτα η συνδρομή των ουσιαστικών κριτηρίων του εννόμου συμφέροντος με βάση το κατά πόσο από το έγγραφο της προσφυγής και τα στοιχεία του φακέλου αποδεικνύεται η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος. Δεν αρκεί, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για άσκηση της προσφυγής αλλά απαιτείται η προσκόμιση και μάλιστα προαποδεικτικώς – ως ισχύει και στην ακυρωτική δίκη- των απαραίτητων για την απόδειξη αυτού στοιχείων (ΣτΕ Ολομ. 4570/96, ΔΔικ 1997/673, ΣτΕ 3664/1998, Βλαδίμηρος Δ. Μωυσίδης, Κώδικας Διοικητικής Δικονομίας, Κατ' άρθρο ερμηνεία – νομολογία, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017). Υφίσταται, περαιτέρω, στα πλαίσια της μεν ακυρωτικής δίκης προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος, γεγονός που δεν καθιστά θεμιτή τη μεταγενέστερη προσαγωγή αποδεικτικών στοιχείων θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος (βλ. ΣτΕ 1393/2003), στη διαδικασία εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής το έννομο συμφέρον θα πρέπει να προαποδεικνύεται με την άσκησή της.

Αριθμός απόφασης: 924/2019

23. Επειδή το έννομο συμφέρον του οικονομικού φορέα, που προσφεύγει ενώπιον της ΑΕΠΠ εξειδικεύεται αυθεντικά και αποκλειστικά από τον ίδιο, εξετάζεται δε από την τελευταία ως προς την νομιμότητά του, την απόδειξή του και τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά του, που επιβάλλουν την έννομη προστασία του, ότι δεν είναι ανταγωνιστικό του δημοσίου συμφέροντος, και ότι δεν είναι αποδοκιμαστέο ως ιδιοτελής (πρβλ. Δημήτριος Θ. Πυργάκης, Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 17).

24. Επειδή η προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος δεν καθιστά δυσχερή την πρόσβαση του ενδιαφερόμενου στο δικαστήριο ή εν γένει στην προσήκουσα παροχή έννομης προστασίας (άρθρο 20 παρ. 1 του Συντ.) ούτε δημιουργεί (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017) αντίθεση προς το άρθρο 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ (ΣΤΕ 2980/2013). Μόνη, δε, εξαίρεση στην άνω αναφερθείσα υποχρέωση προαπόδειξης είναι να προκύπτει σαφώς και άνευ ουδεμίας αμφιβολίας από τις ad hoc ειδικές συνθήκες ότι θίγονται τα επαγγελματικά και οικονομικά συμφέροντα του προσφεύγοντος (ΣΤΕ 2521/2004).

25. Επειδή σε κάθε περίπτωση οι προβαλλόμενοι από τον προσφεύγοντα λόγοι ακύρωσης περί παράβασης νόμου, όσο σοβαροί και εάν είναι και όσο κατάφωρη η παράβαση νόμου, δεν μπορούν να θεμελιώσουν έννομο συμφέρον για τον προσφεύγοντα, αφού άλλωστε η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της αιτήσεως και όχι στο παραδεκτό αυτής (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017).

26. 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.

27. Επειδή, η Διοίκηση είναι, κατ` αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την ευρεία διακριτική ευχέρεια και κρίση της τους όρους της διακηρύξεως ως προς τις τεχνικές προδιαγραφές των προς προμήθεια ειδών, καθορίζοντας

Αριθμός απόφασης: 924/2019

τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη. Η θέσπιση με τη διακήρυξη των προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες, για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή σε αυτόν των προμηθευτών, των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων. Επιπλέον έχει παγίως κριθεί ότι η σκοπιμότητα ή η ανάγκη θέσπισης της πλησσομένης προδιαγραφής, απαραδέκτως αμφισβητούνται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό, και επίσης ότι απαραδέκτως η αιτούσα αμφισβητεί τη σκοπιμότητα της επιλογής από την αναθέτουσα αρχή του πλησσομένου όρου και προσπαθεί να καθορίσει και να προδιαγράψει αυτή τα τεχνικά χαρακτηριστικά του προς προμήθεια είδους, με βάση της δικές της επαγγελματικές ανάγκες και δυνατότητες, και με δικά της κριτήρια διαφορετικά από εκείνα που η ως άνω αρχή, κατ' εκτίμηση των αναγκών της υπηρεσίας, προσδιόρισε ως αναγκαία (ΣτΕ 3719/2011, 2/2011, 287/2010 Ε.Α. ΣτΕ 201/2017, 354/2014, 1025, 1140/2010, 676/2011, 1354, 1305, 670/2009, 438/2008, 303/2007, 977/2006, ΔΕφΑθ 491/2011, ΔΕφΘεσ/νίκης 111/2013, ΔΕφΑθ 226/2013, Ε.Α. ΣτΕ 133/2012, 670/2009, 438/2008, 117/2007, 1208, 1076, 977/2006, 763, 373, 356/2004). 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, Ε.Α. 3719/2011, 676, 214/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 303/20).

28. Επειδή, ισχυρισμοί περί παραβίασης ενωσιακής νομοθεσίας και νομολογίας, που στρέφονται κατά τεχνικών προδιαγραφών διακήρυξης με τις οποίες αποκλείονται ιατροτεχνολογικά προϊόντα αν και διαθέτουν πιστοποίηση CE, είναι αβάσιμοι, διότι η πιστοποίηση ποιότητας δεν αναιρεί το ενδεχόμενο κάθε πιστοποιημένο προϊόν να έχει διαφορετικές ιδιότητες που

Αριθμός απόφασης: 924/2019

μπορεί να εξυπηρετήσει διαφορετικές ανάγκες της αναθέτουσας αρχής (πρβλ. ΔΕφΘεσ/κης 126/2018 (Ακυρωτικό) σκ.10 και την εκεί παρατιθέμενη νομολογία και ΔΕφΠειραιώς Ν120/2018 (Ακυρωτικό) σκ.10). Πολλώ δε μάλλον, όταν επιβεβαιώνεται η νομολογία του Δικαστηρίου αλλά και των εθνικών δικαστηρίων (βλ. σκέψεις 20 και 23 της παρούσας), που αναγνωρίζουν ευρύ περιθώριο εκτιμήσεως στην αναθέτουσα αρχή κατά τη διατύπωση των τεχνικών προδιαγραφών ορισμένης συμβάσεως με τον περιορισμό, βέβαια, 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.

29. Επειδή ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι οι όροι υπ' αριθμό 2-Κατηγορία Συνθετικά απορροφήσιμα μέσης απορρόφησης «*Ράμμα πολύκλωνο μέσης απορρόφησης με στήριξη ιστού 80% στις 14 μέρες από γλυκολίδη και λακτίδη ή παρόμοιο, με βελόνη από ανοξείδωτο χάλυβα 455 και περιεκτικότητας 8-10% σε νικέλιο ή ισοδύναμο*» και υπ' αριθμό 6B – Κατηγορία Συνθετικά απορροφήσιμα μονόκλωνα βραδείας «*Ράμμα μονόκλωνο απορροφήσιμο βραδείας απορρόφησης από πολυδιοξανόνη ή παρόμοιο, με στήριξη ιστού για 42 ημέρες μετά την εμφύτευση , διατηρώντας το 35% της τάσεως του για ράμματα πάχους 4-0 και μικρότερα και το 60% για ράμματα πάχους 3-0 και μεγαλύτερα. Να απορροφούνται από τον οργανισμό σε περίπου 182-238 ημέρες ,με βελόνη από ανοξείδωτο χάλυβα 455 και περιεκτικότητας 8- 10% σε νικέλιο ή ισοδύναμο*» του Παραρτήματος Ι - Τεχνικές Προδιαγραφές εμποδίζουν τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό και οδηγούν σε απόρριψη των προσφερόμενων από αυτών ραμμάτων, καθώς συνιστούν επιπλέον προδιαγραφές πέραν αυτών που αναφέρονται στην σήμανση CE των προϊόντων του.Ωστόσο, απουσιάζει από την προσφυγή οιαδήποτε επίκληση στα προσφερόμενα από αυτόν ράμματα, ούτε δηλώνεται η σήμανση CE που αυτά διαθέτουν και δεν υφίσταται καμία σαφής αναφορά ως προς κάποια έστω τεχνικά τους χαρακτηριστικά στα οποία αφορούν οι βαλλόμενες προδιαγραφές. Επομένως, δεν προκύπτει με σαφήνεια ότι τα προσφερόμενα από τον προσφεύγοντα ράμματα δεν διαθέτουν τεχνικά χαρακτηριστικά που καλύπτουν τις επίμαχες τεχνικές προδιαγραφές και άρα δεν συνάγεται η αδυναμία συμμετοχής του προσφεύγοντος στο διαγωνισμό,

Αριθμός απόφασης: 924/2019

όπως βασίμως ισχυρίζεται ο δεύτερος παρεμβαίνων. Σύμφωνα δε και με τα εκτεθέντα υπό σκέψη 25 η γενική επίκληση της παράβασης νόμου δεν οδηγεί σε κατάφαση εννόμου συμφέροντος. Συνεπώς, ο προσφεύγων δεν θεμελιώνει προσωπικό, άμεσο και ενεστώς έννομο συμφέρον και η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

30. Επειδή περαιτέρω οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος ότι οι επίμαχες τεχνικές προδιαγραφές δεν εξυπηρετούν τους σκοπούς της σύμβασης προβάλλονται απαραδέκτως διότι αφενός βάλλουν κατά της σκοπιμότητας των επιλογών της αναθέτουσας αρχής, αφετέρου με αυτόν τον τρόπο ο προσφεύγων προσπαθεί να καθορίσει τα τεχνικά χαρακτηριστικά του προς προμήθεια προϊόντος, με βάση της δικές του επαγγελματικές ανάγκες, επιλογές και προτιμήσεις και με δικά του εμπορικά και επιχειρηματικά κριτήρια διαφορετικά από εκείνα που η αναθέτουσα αρχή, κατ' εκτίμηση των αναγκών της, προσδιόρισε ως αναγκαία (βλ. ΔΕΦΑΘ 226/2013, 296/2013). Πέραν τούτου, και επί τη βάσει των προαναφερθέντων στη σκέψη 27, η συμπερίληψη στη διακήρυξη προδιαγραφών αναγκαίων κατά την αιτιολογημένη εκτίμηση της αναθέτουσας αρχής τις οποίες, όμως, είναι ενδεχόμενο να μην πληρούν τα προϊόντα ορισμένων προμηθευτών, μπορεί μεν να συνεπάγεται την αδυναμία συμμετοχής τους στο διαγωνισμό, δεν συνεπάγεται εντούτοις, εκ του λόγου αυτού και μόνο, την παρανομία της προδιαγραφής, δεδομένου ότι από την φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων.

31. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

32. Επειδή κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη καθώς ασκείται άνευ εννόμου συμφέροντος.

33. Επειδή σύμφωνα με τα εκτεθέντα υπό σκέψη 9, η παρέμβαση του πρώτου παρεμβαίνοντος πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

34. Επειδή, η παρέμβαση του δεύτερου παρεμβαίνοντος πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή κατά το μέρος που προβάλλονται βασίμως ισχυρισμοί περί του απαραδέκτου της υπό εξέταση προσφυγής και καθώς η τύχη της παρέμβασης εξαρτάται από τις απαιτούμενες για αυτή διαδικαστικές προϋποθέσεις, που αν συντρέχουν οδηγούν στην αποδοχή της (βλ. ΣΤΕ

Αριθμός απόφασης: 924/2019

Ολομ. 2787/2015, 1898/1947, ΣτΕ 981/2015, 2656/2012 και Παυλίδου Ε., *Η συμμετοχή του τρίτου στη διοικητική δίκη*, Εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 224-225), ανεξάρτητα με την κρίση περί απαραδέκτου της προδικαστικής προσφυγής.

35. Επειδή ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την πρώτη παρέμβαση

Δέχεται εν μέρει τη δεύτερη παρέμβαση

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 29 Ιουλίου 2019 και εκδόθηκε στις 13 Αυγούστου 2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΜΑΡΓΑΡΙΤΑ Χ. ΚΑΝΑΒΑ

ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΛΙΑΚΑΤΣΙΔΑΣ