

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ
ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**ΑΠΟΦΑΣΗ ΥΠ' ΑΡΙΘΜ. 93/2017
Του 3^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.**

αποτελούμενου από τον Προεδρεύοντα, Μιχαήλ Οικονόμου και τα μέλη, Μιχαήλ Σειραδάκη ως Εισηγητή και Εμμανουέλα Σωτηρόπουλου, επί της με Γεν. Αριθ. Κατ. 115/29.09.2017 και Ειδ. Αριθ. Κατ. ΙΙΙ/20/29.09.2017 Προδικαστικής Προσφυγής της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «» και τον διακριτικό τίτλο «.» που εδρεύει στο χλμ. Εθνικής Οδού Αθηνών-Λαμίας στο Κρουονέρι Αττικής, όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Διασκέφτηκε κατά την ημερομηνία εξέτασης της ως άνω Προδικαστικής Προσφυγής στις 23.10.2017, και ώρα 10.00 π.μ. στην έδρα της Α.Ε.Π.Π., Λεωφόρος Θηβών 198, Αγ. Ιωάννης Ρέντη, Κτίριο Κεράνη, 5^{ος} όροφος.

Αφού άκουσε τον Εισηγητή και μελέτησε τα σχετικά έγγραφα.

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο:

1. Επειδή το Γενικό Νοσοκομείο Κομοτηνής «Σισμανόγλειο» ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Δημόσιο Ανοιχτό Διεθνή Διαγωνισμό με αριθμό Διακήρυξης 16/2017 και Αριθμό Συστήματος Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ....., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής, για την προμήθεια ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού του Γενικού Νοσοκομείου Κομοτηνής «Σισμανόγλειο» (CPV 33152000-0, 33181400-6, 33192130-2, 33181400-6, 42512300-1, 33192230-3, 33111000-1, 33195000-3, 33122000-1, 33162200-5, 33172200-8, 33194110-0, 33161000-6, 31524110-9, 33182100-0, 33194110-0, 33111650-2) διάρκειας ενενήντα (90) ημερών, προϋπολογισμού ενός εκατομμυρίου τετρακοσίων ενενήντα επτά χιλιάδων ευρώ και (1.497.000,00 €), συμπεριλαμβανομένου 24% Φ.Π.Α., με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 19η Οκτωβρίου 2017, ημέρα Πέμπτη και ημερομηνία διεξαγωγής του διαγωνισμού την 25η Οκτωβρίου 2017, ημέρα Τετάρτη και ώρα 10:00 π.μ. Η ασκηθείσα προσφυγή κοινοποιήθηκε στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (εφεξής Α.Ε.Π.Π.) στις 29.09.2017 και έλαβε Γεν. Αριθ. Κατ. Α.Ε.Π.Π. 115/29.09.2017 και Ειδ. Αριθ. Κατ. ΙΙΙ/20/29.09.2017. Η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε στις 29.09.2017 στον διαδικτυακό

τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) την υπό κρίση προσφυγή της και την κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν.

2. Επειδή η προσφεύγουσα εταιρεία στρέφεται κατά της ως άνω διακήρυξης.

3. Επειδή η προσφεύγουσα αιτείται να γίνει δεκτή η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη διακήρυξη ως προς το τμήμα που αφορά την σύμβαση προμήθειας μηχανήματος τεχνητού νεφρού αιμοδιήθησης/αιμοδιαδιήθησης και on-line μεθόδων (τεμ.30) συνολικού προϋπολογισμού 555.000 ευρώ συμπεριλαμβανόμενου ΦΠΑ.

4. Επειδή η προσφυγή έχει ασκηθεί με 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.

5. Επειδή έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου 16641256595711270072 όπως εξοφλήθηκε δυνάμει του από 26.09.2017 αποδεικτικού εξόφλησης της Τράπεζας Πειραιώς), ποσού δύο χιλιάδων διακοσίων τριάντα εφτά και ενενήντα ενός ευρώ (2.237,91 €), όπως προκύπτει και από την από 27.09.2017 Βεβαίωση Ελέγχου και Δέσμευσης Ηλεκτρονικού Παραβόλου της Α.Ε.Π.Π.

6. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει συνολικού ποσού της Διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016.

9. Επειδή παραδεκτά, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, κατατέθηκε στις 12.10.2017 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.), η από 12 Οκτωβρίου 2017 παρέμβαση της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....» που εδρεύει στο Μαρούσι Αττικής, οδός Διονύσου, αρ., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Παραδεκτά επομένως, φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 3^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

10. Επειδή, στην κρινόμενη προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρεία, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση

βλάβης εκ μέρους της και συνεπακόλουθα θεμελιώνει βάσιμα το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της προσβαλλόμενης διακήρυξης.

11. Επειδή σχετικά με τους προβαλλόμενους λόγους προσφυγής, η προσφεύγουσα εταιρεία επικαλείται ότι στη διακήρυξη του διαγωνισμού εσφαλμένα δεν περιλήφθηκε ο όρος 22β των ισχυουσών προδιαγραφών του Εθνικού Κέντρου Αξιολόγησης της Ποιότητας & Τεχνολογίας στην Υγεία (Ε.Κ.Α.Π.Τ.Υ.), ο οποίος αναφέρει: «Να δέχεται φύσιγγα σκόνης διπτανθρακικών που δεν καλύπτεται από το εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής», με συνέπεια να θεωρούνται παραδεκτές από τεχνικής απόψεως, προσφορές μηχανήματος που δέχονται φύσιγγα που καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής και με τον τρόπο αυτό προκρίνεται αθέμιτα, το μηχάνημα, το οποίο διατίθεται από την εταιρεία..... για τους αναλυτικά εκτιθέμενους λόγους που αναφέρονται στην υπό κρίση προσφυγή. Ομοίως, ότι κακώς έχει παραληφθεί και ο όρος 5β της Α΄ έκδοσης των τεχνικών προδιαγραφών του Ε.Κ.Α.Π.Τ.Υ., με αποτέλεσμα η παράλειψη αυτή να οδηγήσει στο να μην απαιτείται το μηχάνημα νεφρού να χρησιμοποιεί αρτηριοφλεβικές γραμμές που δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο. Ως εκ τούτου, η συνδυασμένη παράλειψη των ανωτέρω δύο τεχνικών προδιαγραφών του Ε.Κ.Α.Π.Τ.Υ. δίνει, κατά την προσφεύγουσα, σαφές προβάδισμα στην προμήθεια συγκεκριμένων μηχανημάτων, των εταιρειών Fresenius και Baxter, γεγονός που δημιουργεί περαιτέρω νόθευση του ελεύθερου ανταγωνισμού και ζημιώνει το δημόσιο συμφέρον λόγω του τρόπου προμήθειας των φίλτρων, καθώς στην τιμή του κάθε φίλτρου αιμοκάθαρσης περιλαμβάνεται και η αρτηριοφλεβική γραμμή του. Έτι περαιτέρω, κατά την προσφεύγουσα, τα προαναφερθέντα μηχανήματα και οι προαναφερθέντες προμηθευτές τους που χρησιμοποιούν φύσιγγες που καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο (πράγμα που επιτρέπεται συνεπεία της παραλείψεως στην διακήρυξη της παραγράφου 22β και των δύο εκδόσεων Ε.Κ.Α.Π.Τ.Υ.) αποκτούν δεσπόζουσα θέση έναντι των λοιπών μετεχόντων στον υπό κρίση διαγωνισμό, την οποία και καταχρώνται κατά παράβαση των αρχών του ελεύθερου ανταγωνισμού, πρωτευόντως σε αυτή καθ' εαυτή την προμήθεια των μηχανημάτων και περαιτέρω και στα φίλτρα τους, με συνέπεια, να συντελείται παράβαση των διατάξεων των άρθρων 4 και 5 παρ. 1 του ισχύοντος Συντάγματος, 85 – 86 συνθήκης ΕΟΚ, άρθρ. 2 παρ. 2α του Ν. 3959/2011, αφού έτσι παρέχεται στις πιο πάνω εταιρείες εξ αντικειμένου η δυνατότητα να προδιαγράψουν όρους επιτυχίας στον διαγωνισμό ευνοϊκότερους για αυτές σε σχέση με τους λοιπούς διαγωνιζομένους, εξαναγκάζοντας έμμεσα και την Αναθέτουσα Αρχή στην αποδοχή των λοιπών όρων συναλλαγής που προτείνουν και μάλιστα για όσο χρόνο θα λειτουργούν τα

μηχανήματα (υπολογίζεται δεκαετία), εξοβελίζοντας ταυτόχρονα από την αγορά όλους τους άλλους ενδιαφερόμενους/ανταγωνιστές τους.

12. 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 (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.). 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 (πρβλ. ΣΤΕ 189/2015, ΕΑ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.).

13. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 54 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, το οποίο ενσωμάτωσε στην εθνική έννομη τάξη το άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, θα πρέπει οι τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και επιπλέον να μην θέτουν αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, υπό την έννοια ότι οφείλουν να αποφεύγουν διατάξεις που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, μέσω της ενσωμάτωσης σε αυτής χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου. Εξάλλου είναι αδικαιολόγητος ο περιορισμός του ανταγωνισμού μέσω τεχνικής προδιαγραφής που λειτουργεί ως κριτήριο αποκλεισμού από την ανάθεση, όταν μεταξύ άλλων δεν συνδέεται με το αντικείμενο της σύμβασης (πρβλ. σημ. 46 Προοιμίου Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, βλ. και ΔΕΕ, απόφαση της 17ης Σεπτεμβρίου 2002, C-513/99 Concordia, Συλλογή 2002, σ. I-7213, σκέψεις 59 και 65, απόφαση της 4ης Δεκεμβρίου 2003, C-448/01 Wienstrom, Συλλογή 2003, σ. I4527, σκέψη 34) ή παραβιάζει αρχές του ενωσιακού δικαίου, όπως της ίσης μεταχείρισης (ΔΕΕ, απόφαση της 12ης Μαρτίου 2015, C-538/13 eVigilo, Ηλεκτρ. Συλλογή ECLI:EU:C:2015:166, σκέψη 33, απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, C-496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, Συλλογή 2004, σ. I-3801, σκέψη 110, απόφαση 6ης Νοεμβρίου 2014, C-42/13 Cartiera dell'

Adda, Ηλεκτρ. Συλλογή EU:C:2014:2345, σκέψη 44, απόφαση της 10ης Μαΐου 2012, C-368/10 Επιτροπή κατά Βασιλείου Κάτω Χωρών, Ηλεκτρ. Συλλογή ECLI:EU:C:2012:284, σκέψη 87 και Προτάσεις Γεν. Εισαγγελέως Kokkot στην ίδια υπόθεση, σημ. 104).

14. Επειδή, όπως αναλυτικά εκθέτει στην με αριθμό πρωτοκόλλου 13219/04.10.2017 έκθεση απόψεών της η αναθέτουσα, η οποία κοινοποιήθηκε στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν, σύμφωνα με τα με αριθμό πρωτοκόλλου 5519/15.11.2016 και 5609/23.11.2016 έγγραφα της Επιτροπής Προμηθειών Υγείας (Ε.Π.Υ.) ορίζεται ότι: «...Κατά συνέπεια κάθε αναθέτουσα αρχή πλέον έχει την αρμοδιότητα και ευθύνη της έγκρισης των τεχνικών προδιαγραφών των προμηθειών που αυτή διενεργεί για λογαριασμό της» και «...από τη θέση σε ισχύ του Ν. 4412/2016 και εντεύθεν οι τεχνικές προδιαγραφές κάθε αναθέτουσας αρχής εγκρίνονται από το όργανο διοίκησής της». Ενόψει των ανωτέρω εγγράφων καταλείπεται στην απόλυτη διακριτική ευχέρεια των αναθετουσών αρχών ως προς τους όρους σύνταξης των διακηρύξεων για τους διαγωνισμούς που προκηρύσσουν. Εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή για τη σύνταξη των τεχνικών προδιαγραφών έλαβε υπόψη της τη Β΄ έκδοση των τεχνικών προδιαγραφών τους Ε.Κ.Α.Π.Τ.Υ. για τα Μηχανήματα Τεχνητού Νεφρού Αιμοδιήθησης-Αιμοδιαδιήθησης και On Line μεθόδων, όπως αυτή είναι αναρτημένη στην ιστοσελίδα <http://specs.ekenyl.gr/?p=1975>, οι οποίες αφού ελέγχθηκαν από την ορισμένη για τον συγκεκριμένο διαγωνισμό επιτροπή σύνταξης τεχνικών προδιαγραφών της αναθέτουσας και ολοκληρώθηκαν, τέθηκαν σε δύο διαδοχικές δημόσιες διαβουλεύσεις, μέσω της ιστοσελίδας της αναθέτουσας, στις 15.02.2016 και στις 10.03.2016 αντίστοιχα, χωρίς κανένα σχόλιο επί των συγκεκριμένων παραγράφων, με συνέπεια, οι συγκεκριμένες παράγραφοι να παραμείνουν χωρίς περαιτέρω προσθήκες ή τροποποιήσεις και εγκρίθηκαν από το Δ.Σ. της αναθέτουσας, δυνάμει της προσκομιζόμενης από την αναθέτουσα υπ' αριθμ. απόφασης Δ.Σ. 292/15.06.2017 (.....). Στα πλαίσια λοιπόν, της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας επιλέχθηκε απόλυτα νόμιμα, από το σύνολο των προδιαγραφών αυτής της έκδοσης που είναι και η πιο πρόσφατη, να μην υιοθετηθεί η παράγραφος 22β των τεχνικών προδιαγραφών του Ε.Κ.Α.Π.Τ.Υ., έτσι ώστε να επιτευχθεί κατά την κρίση της αναθέτουσας, η ευρύτερη δυνατή συμμετοχή εταιρειών για την εξασφάλιση μεγαλύτερου ανταγωνισμού προς όφελος της τελευταίας.

15. Επειδή περαιτέρω, σύμφωνα με τις προαναφερθείσες απόψεις της αναθέτουσας, αφενός ο όρος 5β της Α΄ έκδοσης των τεχνικών προδιαγραφών του Ε.Κ.Α.Π.Τ.Υ. δεν συμπεριλήφθηκε στη νεότερη Β΄ έκδοση και αφετέρου σε συνδυασμό με τον όρο 22β θα καθιστούσε αδύνατη, όπως εξάλλου παραδέχεται και η προσφεύγουσα, τη συμμετοχή των εταιρειών που διαθέτουν μηχανήματα των οποίων τα αναλώσιμα προστατεύονται από το

εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής, γεγονός που θα περιορίζε ακόμα περισσότερο τον ανταγωνισμό στη διαγωνιστική διαδικασία, με αυξημένη πιθανότητα τελικά να υποβληθεί μία και μόνο έγκυρη προσφορά. Αυτό όμως θα ερχόταν σε αντίθεση με την παρ. 2 του άρθρου 54 του Ν. 4412/2016 και θα οδηγούσε σε περιορισμό της ανάπτυξης υγιούς ανταγωνισμού μεταξύ των εν δυνάμει ενδιαφερόμενων υποψηφίων.

16. Επειδή επιπλέον, οι τεχνικές προδιαγραφές του Ε.Κ.Α.Π.Τ.Υ., τις οποίες επικαλείται η προσφεύγουσα, έχουν χρονολογία έκδοσής τους, το 2012, χωρίς έκτοτε ο συγκεκριμένος φορέας να τις έχει αναθεωρήσει, γεγονός που εγείρει βάσιμες αμφιβολίες για τον επίκαιρο χαρακτήρα τους, αφού για ιατροτεχνολογικά προϊόντα υψηλής τεχνολογίας, όπως εν προκειμένω, είναι πέραν πάσης αμφιβολίας δεδομένο ότι θα μπορούσαν να θεωρηθούν παρωχημένες και δεν θα μπορούσαν να αποτελέσουν ασφαλή βάση για τη σύνταξη των τεχνικών προδιαγραφών του συγκεκριμένου διαγωνισμού. Άλλωστε, όπως προκύπτει και από το με αριθμό πρωτοκόλλου 54468/07.09.2017 έγγραφο του Ε.Κ.Α.Π.Τ.Υ., το οποίο κοινοποιήθηκε στην Α.Ε.Π.Π., μετά από έγγραφο ερώτημά της, σχετικά με την ύπαρξη σε ισχύ ενιαίων τεχνικών προδιαγραφών ιατροτεχνολογικών προϊόντων που έχει εκπονήσει ή εγκρίνει, το Ε.Κ.Α.Π.Τ.Υ. απάντησε ότι δεν γνωρίζει. Επιπλέον οι συγκεκριμένες τεχνικές προδιαγραφές του Ε.Κ.Α.Π.Τ.Υ., αφενός ορίζουν τις ελάχιστες ποιοτικές προδιαγραφές των σχετικών μηχανημάτων, χωρίς ουδόλως να περιορίζουν τις αναθέτουσες να απαιτούν διαφορετικά ποιοτικά χαρακτηριστικά, ειδικά από τη στιγμή που όπως ήδη εκτέθηκε ανωτέρω, ελλοχεύει ο κίνδυνος να είναι τεχνολογικά ξεπερασμένα, αφετέρου, ακόμα και αν υποτεθεί ότι ανταποκρίνονται στις σύγχρονες τεχνολογικές εξελίξεις, έχουν γνωμοδοτικό και όχι δεσμευτικό χαρακτήρα για τις αναθέτουσες, υπό την έννοια ότι δεν είναι υποχρεωτικές για αυτές, αλλά προτείνονται σαν κατευθυντήριες γραμμές (guidelines). Έτι περαιτέρω, σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι αποτελούν εθνικά πρότυπα ή παραπομπή σε διεθνή πρότυπα, ούτε αποτελούν τεχνικές προδιαγραφές συνταγμένες κατά την έννοια και τους όρους της παρ. 9 του άρθρου 54 του Ν. 4412/2016.

17. Επειδή εξάλλου, από την υπ' αριθμ. 3/2016 Ειδική Έκθεση της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.), η οποία αφορούσε την ορθή εφαρμογή των διατάξεων της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ (η οποία αποτελεί θεσμικό πλαίσιο διεξαγωγής του εν λόγω διαγωνισμού), κυρίως σε σχέση με την αναφορά στις τεχνικές προδιαγραφές των ελεγχόμενων διαγωνισμών «ειδικών» ή πρόσθετων απαιτήσεων για τα υπό προμήθεια ιατροτεχνολογικά προϊόντα, προέκυψε ότι σχετικά με τη διαδικασία σύνταξης τεχνικών προδιαγραφών σε διαγωνισμούς προμήθειας ιατροτεχνολογικών προϊόντων, ελλείπει εγκεκριμένων πρότυπων τεχνικών προδιαγραφών, η ευθύνη εκπόνησης των τεχνικών

προδιαγραφών για τους επίμαχους διαγωνισμούς ανήκει στις συγκεκριμένες κάθε φορά επιτροπές σύνταξης τεχνικών προδιαγραφών, οι οποίες επιχειρώντας να καθορίσουν τα είδη και τις προδιαγραφές για την κάλυψη των ειδικότερων αναγκών κάθε νοσοκομείου (αναθέτουσας), βασίζονται εν πολλοίς στις κατά περίπτωση εξειδικευμένες απαιτήσεις τους. Με τον τρόπο αυτό, καταλείπεται στις επιτροπές αυτές ευρεία διακριτική ευχέρεια για τη διαμόρφωση των τεχνικών προδιαγραφών, με αποτέλεσμα πολλές φορές να συμπεριλαμβάνονται σε αυτές και πρόσθετες ή ειδικές προδιαγραφές που βαίνουν πέραν των προτύπων ή της φαρμακοποιίας. Το συμπτωματικό και τυχαίο γεγονός ότι οι συγκεκριμένες κάθε φορά τεχνικές προδιαγραφές τυγχάνουν ενδεχομένως αποδοχής ή έγκρισης από τους αρμόδιους δημόσιους φορείς (Ε.Κ.Α.Π.Τ.Υ. και Ε.Π.Υ.) ή ότι συμβαδίζουν με αυτούς, δεν διασφαλίζει εκ προοιμίου τη «νομιμότητα» των επίμαχων διακηρύξεων. Συγκεκριμένα, η έλλειψη ενιαίων πρότυπων τεχνικών προδιαγραφών, δεν καθιστά δυνατό εν τοις πράγμασι τον έλεγχο συμμόρφωσης των τεχνικών προδιαγραφών με τις διατάξεις της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ και την ουσιαστική έγκριση αυτών. Η διαδικασία έγκρισης των τεχνικών προδιαγραφών που ακολουθείται έως σήμερα έχει μάλλον τυπικό χαρακτήρα και αποσκοπεί κυρίως στην κάλυψη των άμεσων αναγκών των νοσοκομείων χωρίς να εισέρχεται κατ' ουσία στην τεχνική κρίση αυτών. Επίσης, στο παρελθόν και για την αντιμετώπιση των προβλημάτων που είχαν ήδη επισημανθεί σε δημόσιους διαγωνισμούς, επιχειρήθηκε από το Ε.Κ.Α.Π.Τ.Υ. να διαμορφωθούν ενιαίες πρότυπες τεχνικές προδιαγραφές για τα ιατροτεχνολογικά προϊόντα όλων των κατηγοριών της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ, η οποία εν τέλει ολοκληρώθηκε μόνο για ορισμένα ιατροτεχνολογικά προϊόντα-μηχανήματα. (π.χ. αξονικούς τομογράφους), ενώ επί του παρόντος βρίσκεται σε εξέλιξη διαδικασία για σύνταξη τεχνικών προδιαγραφών από την Ε.Π.Υ. σε συνεργασία με το Ε.Κ.Α.Π.Τ.Υ., κατόπιν διενεργηθείσας διαβούλευσης, όπως παραδέχεται και το Ε.Κ.Α.Π.Τ.Υ. στο με αριθμό πρωτοκόλλου 54468/07.09.2017 έγγραφό του. Κατόπιν των ανωτέρω, καθίσταται σαφές ότι, ελλείψει εγκεκριμένων ενιαίων τεχνικών προδιαγραφών, οι αναθέτουσες αρχές στο πλαίσιο διενέργειας διαγωνιστικών διαδικασιών για την προμήθεια ιατροτεχνολογικών προϊόντων, θα πρέπει να επιδεικνύουν τη δέουσα επιμέλεια τόσο κατά το στάδιο σύνταξης των τεχνικών προδιαγραφών όσο και κατά το στάδιο αξιολόγησης των υποβληθεισών προσφορών για την ορθή εφαρμογή των διατάξεων της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ.

18. Επειδή όπως συνάγεται από τα ανωτέρω, οι τιθέμενες δια της διακήρυξης τεχνικές προδιαγραφές, αποτελούν χαρακτηριστικά τεχνικές προδιαγραφές (ΔΕΕ, C-368/10 Επιτροπή κατά Βασιλείου Κάτω Χωρών, σκ. 74), τις οποίες ο διαγωνιζόμενος πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να διαθέτει και δεν είναι ασύνδετες ή δυσανάλογες με το αντικείμενο του

διαγωνισμού. Αντιθέτως, κατά την εκτίμηση των αναγκών της αναθέτουσας αρχής, οι τεθείσες στη διακήρυξη απαιτήσεις σκοπούν στην επίτευξη της ευρύτερης δυνατής συμμετοχής στον διαγωνισμό και την ανάπτυξη του μέγιστου δυνατού ανταγωνισμού. Η δε εφαρμογή των τεχνικών προδιαγραφών είναι οριζόντια, έχουν γίνει εκ των προτέρων και έγκαιρα, γνωστές σε ευρύ κύκλο προσώπων και δεν κρίνεται ότι πριμοδοτούν αθέμιτα, ορισμένα προϊόντα υποψήφιων προμηθευτών, έναντι άλλων.

19. Επειδή αβάσιμα προβάλλεται από την προσφεύγουσα το αίτημα να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 16/2017 διακήρυξη ως προς το τμήμα που αφορά τη σύμβαση προμήθειας μηχανήματος τεχνητού νεφρού αιμοδιήθησης-αιμοδιαδιήθησης και on-line μεθόδων.

20. Επειδή δεν πιθανολογείται βάσιμα η ευδοκίμηση κανενός εκ των προβαλλόμενων λόγων της κρινόμενης προσφυγής, με συνέπεια, η υπό κρίση προσφυγή να θεωρηθεί ότι είναι προδήλως αβάσιμη.

21. Επειδή έχει ήδη εκδοθεί η υπ' αριθμ. Α6/10.10.2017 απόφαση επί αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων, δυνάμει της οποίας απορρίφθηκε το εν λόγω αίτημα της προσφεύγουσας εταιρείας.

22. Επειδή η παρεμβαίνουσα εταιρεία επικαλείται στην ασκηθείσα παρέμβασή της ότι η υπό κρίση προσφυγή πρέπει να απορριφθεί αφενός ως απαράδεκτη λόγω πρόδηλης έλλειψης εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας, αφετέρου λόγω προφανούς αβασιμότητας της κρινόμενης προσφυγής.

23. Επειδή όλως αβάσιμα προβάλλει η παρεμβαίνουσα εταιρεία την έλλειψη εννόμου συμφέροντος από την πλευρά της προσφεύγουσας. Η νομολογία που επικαλείται στο σύνολό της η παρεμβαίνουσα εταιρεία, περιλαμβανομένης και της υπ' αριθμ. 2/2017 απόφασης της ΑΕΠΠ, η οποία εκδόθηκε επί αιτήματος προσωρινών μέτρων, αφορά τη συνδρομή εννόμου συμφέροντος υπό την έννοια της επίκλησης και απόδειξης βλάβης σε διαφορές που αφορούσαν την απονομή προσωρινής προστασίας με αίτηση ασφαλιστικών μέτρων. Συγκεκριμένα όπως χαρακτηριστικά αναφέρεται στη σκέψη 5 της ΣΤΕ (Ασφ) 1046/2009: *«Ειδικότερα, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάληψη προμήθειας ασκήσει αίτηση ασφαλιστικών μέτρων κατά της σχετικής διακήρυξης, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί βλάβη από όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν στις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, στη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή στα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια (Ε.Α. 87/2000, 9, 508, 715/2006, 547/2009 κ.α.). Η βλάβη αυτή δεν ταυτίζεται με το έννομο συμφέρον για την άσκηση αιτήσεως ακυρώσεως αλλά, στο πλαίσιο εξέτασης*

αίτησης προσωρινής δικαστικής προστασίας, πρέπει να ανάγεται σε μία νομική και πραγματική κατάσταση, η οποία να είναι προσωρινά προστατευτέα και να δικαιολογεί τη χορήγηση προσωρινού μέτρου. Ως βλάβη, συνεπώς, στην περίπτωση αυτή νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο επίκληση παράβασης διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου αλλά τα πραγματικά εκείνα περιστατικά, συγκεκριμένα και αρκούντως εξειδικευόμενα, αφορώντα τη νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου συμμετέχοντος, τα οποία είτε αποκλείουν είτε καθιστούν υπερβολικά δυσχερή τη συμμετοχή στο διαγωνισμό είτε προδιαγράφουν άμεσα ή έμμεσα το αποτέλεσμά του, λόγω αδυναμίας του προσφεύγοντος να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις ή λόγω της πιθανολογούμενης θέσης των προσφερόμενων από αυτόν προϊόντων σε δυσμενέστερη μοίρα έναντι των προϊόντων των άλλων συμμετεχόντων. Όταν δε οι προσβαλλόμενοι ως παράνομοι όροι αφορούν την απαίτηση προσκομιδής επιπλέον στοιχείων, πρέπει να προβάλλεται και να πιθανολογείται είτε ότι η προσκομιδή των στοιχείων αυτών είναι, λόγω ανυπαρξίας τους ή για άλλο λόγο, αδύνατη, ή είναι για οποιονδήποτε λόγο ιδιαίτερα δυσχερής η έγκαιρη προσκομιδή τους είτε ότι τα στοιχεία αυτά, προσκομιζόμενα και αξιολογούμενα σε επόμενο στάδιο του διαγωνισμού, πιθανολογείται, με την επίκληση συγκεκριμένων ισχυρισμών, ότι θα καταστήσουν μειονεκτική τη θέση του προσφερόμενου από τον αιτούντα προϊόντος. Συνεπώς, δεν προβάλλεται παραδεκτώς, κατά την αμφισβήτηση της νομιμότητας διακηρύξεως διαγωνισμού στην διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων, λόγος περί παρανομίας όρου της διακηρύξεως, χωρίς να προσδιορίζεται κατά τρόπο συγκεκριμένο η εντεύθεν βλάβη. Δεν ασκεί δε εν προκειμένω επιρροή το ενδεχόμενο αδυναμίας προβολής της αποδιδόμενης στην διακήρυξη πλημμέλειας σε επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, διότι η αδυναμία αυτή, περιοριζόμενη, άλλωστε, στην προσωρινή και όχι, βεβαίως, στην κύρια δικαστική προστασία, είτε δεν θα έχει δυσμενείς συνέπειες στην συμμετοχή ή στην αξιολόγηση της προσφοράς του αιτούντος είτε οι δυσμενείς συνέπειες θα είναι αποτέλεσμα της μη έγκαιρης προβολής από τον αιτούντα των αναγκαίων συγκεκριμένων ισχυρισμών (πρβλ. Ε.Α. 87/2000, 508, 715, 1211/2006, 609, 1141, 1258, 1316/2008, 725, 743/2009)». Ωστόσο, όλη η ανωτέρω νομική δικαιολόγηση, δεν αφορά την κύρια δίκη που διεξάγεται με αφορμή την αίτηση ακύρωσης, εν προκειμένω την άσκηση προδικαστικής προσφυγής, η οποία τέμνει οριστικά την εκάστοτε διαφορά, αλλά τις προϋποθέσεις χορήγησης προσωρινής προστασίας, η οποία ζητείται είτε με την αίτηση ασφαλιστικών κατά το προηγούμενο νομοθετικό καθεστώς (Ν. 3886/2010) είτε με τα προσωρινά μέτρα του Ν. 4412/2016 κατά τις ισχύουσες διατάξεις. Όπως χαρακτηριστικά αναφέρει η ανωτέρω απόφαση, αλλά και η επικαλούμενη ad hoc απόφαση ΔΕΦΑΘ 503/2013 στη σκέψη 7 αυτής, «...Η βλάβη αυτή δεν ταυτίζεται με το έννομο

συμφέρον για την άσκηση αιτήσεως ακυρώσεως...» και κατά συνέπεια, με το έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής, αλλά ως βλάβη στην περίπτωση και μόνο της εκτίμησης του αιτήματος για παροχή προσωρινής δικαστικής προστασίας, στα πλαίσια της δίκης των ασφαλιστικών μέτρων ή των προσωρινών, εν προκειμένω, μέτρων «...νοείται.. έναντι των προϊόντων των άλλων συμμετεχόντων» (ταυτόσημη αιτιολογία, αλλά και πάλι για κρίση επί αίτησης ασφαλιστικών μέτρων και όχι κύριου ένδικου βοηθήματος περιλαμβάνουν η ΣτΕ ΕΑ 616/2012 και οι ΣτΕ ΕΑ 1046-7/2009, με εκεί περαιτέρω παραπομπές σε νομολογία). Αντιθέτως, για τη διαπίστωση της συνδρομής εννόμου συμφέροντος στο πλαίσιο της κύριας διαγνωστικής δίκης και κατ' επέκταση και της κρίσης επί προδικαστικής προσφυγής, εφαρμόζονται τα γενικά κριτήρια για τη διαπίστωση της ύπαρξης του εννόμου συμφέροντος στο πρόσωπο του προσφεύγοντος, όπως έχουν διαμορφωθεί από την πάγια νομολογία των Συμβουλίου της Επικρατείας, ήτοι μεταξύ άλλων, η ύπαρξη αιτιώδους συνάφειας μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της προσβαλλόμενης βλάβης (ΣτΕ 7μ. 1898/2016) και ο ειδικός χαρακτήρας της επικαλούμενης εκ μέρους του προσφεύγοντος, βλάβης (ΣτΕ 1995/2016, 420/2002, 3905/2004, βλ. Πυργάκη «Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», σελ. 40 επ. Και σελ. 67 παρ. 5.3). Υπό την έννοια αυτή, όπως αναλυτικά εκτέθηκε και ανωτέρω στη σκέψη 12, η εν λόγω προσφυγή, πράγματι επικαλείται βλάβη σε βάρος της προσφεύγουσας εταιρείας και άρα προκύπτει η συνδρομή του εννόμου συμφέροντος αυτής, δεδομένου ότι κατά την κρίση της, οι όροι της διακήρυξης δεν εμποδίζουν μεν την υποβολή προσφοράς εκ μέρους της, ωστόσο, προκαθορίζουν σε μεγάλο βαθμό την τελική έκβαση της διαγωνιστικής διαδικασίας υπέρ ανταγωνιστικών αυτής οικονομικών φορέων. Η αδυναμία των προϊόντων της προσφεύγουσας να ανταποκριθούν στις απαιτήσεις τις διακήρυξης, έτσι όπως αυτή είναι διατυπωμένη και η απαίτηση φυσίγγων που καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο, τις οποίες η προσφεύγουσα δεν διαθέτει, δίνει τη δυνατότητα σε ανταγωνίστριες αυτής εταιρείες, πράγματι να προσφέρουν αισθητά χαμηλότερη τιμή για το τμήμα του διαγωνισμού που αφορά την προμήθεια του μηχανήματος τεχνητού νεφρού αιμοδιήθησης-αιμοδιαδιήθησης και on-line μεθόδων και να επιτύχουν υψηλότερες τιμές στα αναλύσιμα του μηχανήματος φύσιγγα. Κατά την ανωτέρω εκθεθείσα έννοια, η προσφεύγουσα εταιρεία, πράγματι επικαλείται με επαρκή τεκμηρίωση και επικαλούμενη ικανοποιητικά αποδεικτικά στοιχεία, την ύπαρξη ενδεχόμενης βλάβης σε βάρος της από τους προσβαλλόμενους όρους της διακήρυξης, θεμελιώνει βάσιμα το έννομο συμφέρον της και ως εκ τούτου, ο υπό κρίση προβαλλόμενος με την παρέμβαση λόγος κρίνεται απορριπτός.

24. Επειδή ο δεύτερος λόγος παρέμβασης κρίνεται βάσιμος, δυνάμει της αιτιολογίας που αναπτύχθηκε ανωτέρω στις σκέψεις 13-19 της παρούσας και συνεπώς προς αποφυγή άσκοπων επαναλήψεων, γίνεται δεκτός ως αναλύθηκε ανωτέρω.

25. Επειδή ως προς τα διαλαμβανόμενα στην υπό κρίση παρέμβαση σχετικά με το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων εκ μέρους της προσφεύγουσας εταιρείας, κρίνονται ως απορριπτέα στο σύνολό τους ως αλυσιτελώς προβαλλόμενα και παρέλκει η περαιτέρω εξέτασή τους, λόγω της έκδοσης της υπ' αριθμ. Α6/10.10.2017 απόφασης επί προσωρινών μέτρων του οικείου Κλιμακίου, η οποία ήδη έχει απορρίψει το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας.

26. Επειδή ως προς τις προβαλλόμενες αιτιάσεις που αφορούν αμιγώς παραβάσεις του Ν. 3959/2011, το Κλιμάκιο κρίνει, ότι πρέπει στα πλαίσια των αρχών της χρηστής και εύρυθμης διοίκησης, και της ανάγκης προστασίας του διασφαλιστέου αγαθού του ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού, να παραπέμψει κατά τις οικείες διατάξεις του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας (άρθρο 4 παρ.1^α του ν. 2690/1999) στην μόνη καθ' ύλην αρμόδια αρχή στην εθνική έννομη τάξη ήτοι την Επιτροπή Ανταγωνισμού προκειμένου να επιληφθεί ως προς την προβαλλόμενη από την προσφεύγουσα, παράβαση του Ν. 3959/2011 και για τις περαιτέρω νόμιμες ενέργειες της.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

ΑΠΟΡΡΙΠΤΕΙ την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή.

ΔΕΧΕΤΑΙ εν μέρει την ασκηθείσα παρέμβαση κατά τον δεύτερο λόγο αυτής.

ΔΙΑΤΑΣΣΕΙ την κατάπτωση του καταβληθέντος e-παραβόλου υπέρ ελληνικού Δημοσίου.

ΠΑΡΑΠΕΜΠΕΙ την υπόθεση στην Επιτροπή Ανταγωνισμού για τις νόμιμες ενέργειες της.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 24 Οκτωβρίου 2017 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ ΤΟΥ 3^{ου} ΚΛΙΜΑΚΙΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ ΤΟΥ 3^{ου} ΚΛΙΜΑΚΙΟΥ

Μιχαήλ Χ. Οικονόμου

Μελπομένη Τσιαλαφούτα