

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)
1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 15 Μαρτίου 2018 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αφοκάρδου Πρόεδρος, Χρυσάνθη Ζαράρη-Εισηγήτρια και Ευαγγελία Μιχολίτση, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 05.03.2018, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 217/05.03.2018, Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» (εφεξής «προσφεύγων»), που εδρεύει στο Δήμο....., οδός....., νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά του Πανεπιστημιακού Γενικού Νοσοκομείου Λάρισας-Γενικό Νοσοκομείο Λάρισας «Κουτλιμπάνειο & Τριανταφύλλειο» (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως νόμιμα εκπροσωπείται, και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στη, οδός....., αρ., (εφεξής «παρεμβαίνων»), νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την Προδικαστική Προσφυγή στην οποία σωρεύει και αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων, ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση των προσβαλλόμενων όρων της με αρ. 44/2017 Διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής για την προμήθεια και εγκατάσταση εξοπλισμού για την αναισθησιολογική κλινική του Πανεπιστημιακού Γενικού Νοσοκομείου Λάρισας, με σκοπό να τροποποιηθούν και να αναδιατυπωθούν ώστε να μην αποκλείεται αδικαιολόγητα η συμμετοχή του και να διαταχθεί και κάθε άλλο, πρόσφορο και κατάλληλο μέτρο. Επίσης, αιτείται να διαταχθεί η επιστροφή (απόδοση) του κατατεθέντος παραβόλου. Με το σωρευθέν αίτημα αναστολής –προσωρινών μέτρων ο προσφεύγων επιδιώκει να ανασταλεί η εκτέλεση της προσβαλλόμενης διακήρυξης και όλη η διαδικασία διενέργειας του διαγωνισμού και να ληφθεί ομοίως κάθε πρόσφορο μέτρο.

Με την παρέμβαση, ο παρεμβαίνων επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος των επίμαχων όρων της διακήρυξης και ειδικότερα την απόρριψη της προσφυγής

Αριθμός απόφασης: Α125/2018

και όλων των ισχυρισμών του προσφεύγοντος και τη συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας σύμφωνα με τις υφιστάμενες και ήδη δημοσιευθείσες τεχνικές προδιαγραφές.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής έχει καταβληθεί e-παραβόλο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ύψους 2.016,13 ευρώ (βλ. ισόποσο αποδεικτικό ηλεκτρονικής συναλλαγής της Παγκρήτιας Συνεταιριστικής Τράπεζας και επικυρωμένη εκτύπωση από την ιστοσελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων περί αυτόματης δέσμευσης του ηλεκτρονικού παραβόλου με κωδικό 193517934958 0430 0096).

2. Επειδή με την με αρ. 44/2017 διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε Ηλεκτρονικός, Ανοικτός, δημόσιος διαγωνισμός, για την Προμήθεια και εγκατάσταση εξοπλισμού για την αναισθησιολογική κλινική του Πανεπιστημιακού Γενικού Νοσοκομείου Λάρισας (είδος με α/α 1: Αναισθησιολογικό μηχάνημα, τεμ.10 [Κωδικός CPV: 33172100-7], με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής, προϋπολογισθείσας δαπάνης 403.225,80 ευρώ, χωρίς ΦΠΑ, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών στις 26.03.2018 και ημερομηνία αποσφράγισης στις 30.03.2018.

3. Επειδή η ως άνω προκήρυξη, απεστάλη προς δημοσίευση στο Συμπλήρωμα της Επίσημης Εφημερίδας της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 05.02.2018, αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ (18PROC002646822 2018-02-09) και το ΕΣΗΔΗΣ και έλαβε αριθμό Συστήματος 48738.

4. Επειδή, η επίμαχη διακήρυξη, ως εκ του αντικειμένου της, της προϋπολογισθείσας δαπάνης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5.Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή α) έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στις 05.03.2018 ενώ η διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ στις 09.02.2018, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του

Αριθμός απόφασης: Α125/2018

ΠΔ 39/2017, γ) κοινοποιήθηκε από τον προσφεύγοντα στην ΑΕΠΠ αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου και δ) είναι νομίμως υπογεγραμμένη σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. γ) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή, ο προσφεύγων έχει καταρχήν έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής, καθόσον δραστηριοποιείται στον οικείο επιχειρηματικό χώρο προμηθεύοντας ιατροτεχνολογικό εξοπλισμό, ορισμένες, δε, τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης, αποκλείουν, κατά δήλωσή του, αυτόματα και συλλήβδην τη συμμετοχή του στο είδος με α/α διακήρυξης 1 (αναισθησιολογικό μηχάνημα).

7. Επειδή η Αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 2 του άρθρου 9 του π.δ 39/2017 κοινοποίησε, στις 05.03.2018 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της προσφυγής.

8.Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 7 του ΠΔ 39/2017 ορίζεται ότι *«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 [...]*». 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. Εν προκειμένω, η υπό κρίση παρέμβαση ασκήθηκε στις 07.03.2018, δηλαδή εμπρόθεσμα και υπέρ της διατηρήσεως των προσβαλλόμενων όρων της Διακήρυξης. Επίσης, ο παρεμβαίνων δραστηριοποιείται ενεργά στον οικείο επιχειρηματικό χώρο προμηθεύοντας ιατροτεχνολογικό εξοπλισμό και δηλώνει ρητώς ότι προτίθεται να συμμετάσχει στον οικείο διαγωνισμό, ενώ προετοιμάζει τη σχετική τεχνική και οικονομική προσφορά του. Επομένως, καταρχήν με έννομο συμφέρον ασκείται η εν λόγω παρέμβαση (βλ. ΣτΕ 2521/2004).

9.Επειδή, την 12.03.2018 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις απόψεις της, κατόπιν σχετικής κλήσης της ΑΕΠΠ, επί της υπό εξέταση

Αριθμός απόφασης: Α125/2018

προδικαστικής προσφυγής σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρ. 365 παρ. 1 υποπαρ. β του Ν. 4412/2016 και 9 παρ. 2 περ. β του ΠΔ 39/2017.

10.Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 1^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346, παρ. 1, 360, και 366 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 παρ. 1, και 15 του ΠΔ 39/2017.

11. Επειδή ο προσφεύγων με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ισχυρίζεται αυτολεξεί, ότι: *«Η διακήρυξη περιλαμβάνει ορισμένες τεχνικές προδιαγραφές οι οποίες αποκλείουν αυτόματα και συλλήβδην τη συμμετοχή της εταιρίας μας στο είδος με α/α διακήρυξης 1 («Αναισθησιολογικό Μηχάνημα») η οποία προτίθεται να προσφέρει αναισθησιολογικό συγκρότημα των Οίκων....., το οποίο, σε κάθε περίπτωση επιτυγχάνει εναλλακτικώς και ισοδυνάμως το εκάστοτε επιδιωκόμενο αποτέλεσμα. Ειδικότερα:*

1.- Στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης υπό τον γενικό τίτλο «ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ» συμπεριλαμβάνεται, μεταξύ των τεχνικών προδιαγραφών για το είδος με α/α 1 «ΑΝΑΙΣΘΗΣΙΟΛΟΓΙΚΟ ΜΗΧΑΝΗΜΑ (ΑΝΑΙΣΘΗΣΙΟΛΟΓΙΚΟ ΣΥΓΚΡΟΤΗΜΑ ΠΛΗΡΕΣ)», η 6^η προδιαγραφή για το «ΚΥΡΙΩΣ ΜΗΧΑΝΗΜΑ ΑΝΑΙΣΘΗΣΙΑΣ», η οποία απαιτεί: «6. Να φέρει σύστημα προσαρμογής δύο (2) ενεργών εξαερωτήρων για χορήγηση αναισθητικών αερίων, με διάταξη ασφαλείας που να αποκλείει την ταυτόχρονη ενεργοποίηση και των δύο εξαερωτήρων. Να προσφερθούν προς επιλογή εξαερωτήρες σεβοφλουρανίου και δεσφλουρανίου.»

Η εν λόγω προδιαγραφή αποκλείει τη συμμετοχή της εταιρίας μας, καθώς το σύστημα που προτίθεται να προσφέρει διαθέτει όχι συμβατικό, αλλά σύγχρονο και εξελιγμένο ηλεκτρονικό σύστημα εξαέρωσης αναισθητικού αερίου, επιτυγχάνοντας εναλλακτικά και ισοδυνάμως το επιδιωκόμενο αποτέλεσμα.

Ειδικότερα: Η τεχνική προδιαγραφή, ερειδόμενη στην προϋπόθεση χρήσης συμβατικών μηχανικών συστημάτων εξαέρωσης αναισθητικών αερίων, για τα οποία (συστήματα) απαιτείται χρόνος προθέρμανσης, αποσκοπεί στην απρόσκοπτη και χωρίς αναμονή χορήγηση αναισθητικών αερίων (ακόμη και όταν κρίνεται αναγκαία, ιδίως κατά τη διάρκεια μίας χειρουργικής επέμβασης, η αλλαγή του χορηγούμενου αναισθητικού αερίου με άλλο) προδιαγράφοντας για το λόγο αυτό συγκεκριμένη τεχνική λύση.

Αριθμός απόφασης: Α125/2018

Όμως, το αναισθησιολογικό συγκρότημα που προτίθεται να προσφέρει η εταιρία μας, διαθέτει σύγχρονο ηλεκτρονικό (και όχι μηχανικό) σύστημα εξαέρωσης αναισθητικού αερίου, που επιτυγχάνει τη χορήγηση αναισθητικού αερίου με απευθείας ηλεκτρονικό ψεκασμό στα φρέσκα αέρια που χορηγούνται στον ασθενή. Το εν λόγω σύστημα, μάλιστα, είναι άμεσα έτοιμο να χορηγήσει πτητικό αναισθητικό, χωρίς να απαιτείται καν προθέρμανσή του. Υπερτερεί δε καταφανώς των συμβατικών συστημάτων, τόσο εξαιτίας του χαμηλού του βάρους (3 kgr) όσο και λόγω της απλής και ταχείας διαδικασίας αφαίρεσης και επαναπροσαρμογής του στο αναισθησιολογικό συγκρότημα, που επιτυγχάνεται με μία μόνο κίνηση.

Συνεπώς, ο προαναφερόμενος όρος ως προσδιορίζων συγκεκριμένη τεχνική λύση πρέπει να τροποποιηθεί και αναδιατυπωθεί, ώστε να επιτραπεί και η συμμετοχή της εταιρίας μας που διαθέτει ισοδύναμη τεχνική λύση για την απρόσκοπτη χορήγηση αναισθητικών αερίων, διατυπούμενου ως εξής:

«6. Να φέρει σύστημα προσαρμογής δύο (2) ενεργών εξαερωτήρων για χορήγηση αναισθητικών αερίων, με διάταξη ασφαλείας που να αποκλείει την ταυτόχρονη ενεργοποίηση και των δύο εξαερωτήρων. Εναλλακτικά, αν το σύστημα λειτουργεί με ηλεκτρονικούς εξαερωτήρες ψεκασμού χωρίς χρόνο προθέρμανσης με δυνατότητα ταχείας αφαίρεσης/προσαρμογής, να φέρει σύστημα προσαρμογής ενός (1) ενεργού εξαερωτή και θέση ασφαλούς αποθήκευσης για δεύτερο εξαερωτή. Να προσφερθούν προς επιλογή εξαερωτήρες σεβοφλουρανίου και δεσφλουρανίου.»

2.- Στο ίδιο ως άνω ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι της διακήρυξης, μεταξύ άλλων, η 10η προδιαγραφή για το «ΚΥΡΙΩΣ ΜΗΧΑΝΗΜΑ ΑΝΑΙΣΘΗΣΙΑΣ» απαιτεί:

«10.Για τον περιορισμό των καταναλισκομένων ποσοτήτων φρέσκων και πτητικών αερίων, να έχει την δυνατότητα αυτόματης και ασφαλούς διαχείρισης της συνολικής ροής των φρέσκων αερίων σε επίπεδο χαμηλών και πολύ χαμηλών ροών με συνεχή παρακολούθηση και απεικόνιση των τιμών, κυματομορφών και των παραμέτρων αερισμού ή να έχει τη δυνατότητα εξελιγμένου συστήματος καθοδήγησης για την εξασφάλιση οικονομίας στην κατανάλωση O₂ και πτητικών αναισθητικών. Να περιγράφει προς αξιολόγηση οποιαδήποτε δυνατότητα του μηχανήματος που συμβάλλει στη μείωση των καταναλισκόμενων αερίων».

Όπως εκτέθηκε ανωτέρω, το αναισθησιολογικό συγκρότημα που προτίθεται να

Αριθμός απόφασης: Α125/2018

προσφέρει η εταιρία μας, διαθέτει σύγχρονο ηλεκτρονικό (και όχι μηχανικό) σύστημα εξαέρωσης αναισθητικού αερίου, που επιτυγχάνει τη χορήγηση αναισθητικού αερίου με απευθείας ηλεκτρονικό ψεκασμό στα φρέσκα αέρια που χορηγούνται στον ασθενή. Το εν λόγω σύστημα επιτυγχάνει άνευ άλλου τινός, λόγω ακριβώς της ειδικής και εξελιγμένης κατασκευής του, την εξοικονόμηση πτητικού αναισθητικού, καθώς χορηγεί το εν λόγω αέριο κυρίως κατά τη φάση εισπνοής του ασθενούς και όχι όπως συμβαίνει στα συμβατικά μηχανικά συστήματα άλλων κατασκευαστών, τα οποία χορηγούν το πτητικό αναισθητικό καθ' όλη τη διάρκεια της αναπνοής.

Εξάλλου, η χορήγηση αναισθησίας με χαμηλές ή ελάχιστες ροές, πραγματοποιείται επιδιώκοντας μειωμένη κατανάλωση πτητικών και φρέσκων αερίων, ενέχει όμως τον κίνδυνο χορήγησης υποξικού μίγματος στον ασθενή. Προς αποφυγή του κινδύνου αυτού, το αναισθησιολογικό συγκρότημα που προτίθεται να προσφέρει η εταιρία μας α) διαθέτει σύγχρονο και καινοτόμο αναπνευστήρα με ανακλαστήρα όγκου που αναπληρώνει αυτόματα τις διαρροές με 100% οξυγόνο, β) καθοδηγεί το χειριστή με συνεχή ένδειξη του κλάσματος επανεισπνοής και γ) διαθέτει αυτόματο σύστημα διόρθωσης της ροής φρέσκων αερίων σε περίπτωση ανίχνευσης υποξικού μίγματος, χωρίς παρέμβαση του χειριστή.

Συνεπώς, ο προαναφερόμενος όρος ως προσδιορίζων συγκεκριμένες εναλλακτικές τεχνικές λύσεις, πρέπει να τροποποιηθεί και αναδιατυπωθεί, ώστε να επιτραπεί και η συμμετοχή της εταιρίας μας που διαθέτει έτερη - επίσης εναλλακτική και ισοδύναμη - τεχνική λύση για την επιδιωκόμενη μείωση των καταναλισκόμενων αερίων, διατυπούμενου ως εξής:

«10. Να διαθέτει ειδικές λειτουργίες για τον ασφαλή περιορισμό των καταναλισκόμενων ποσοτήτων φρέσκων και πτητικών αερίων, κατά τη χορήγηση φρέσκων αερίων σε επίπεδο χαμηλών και πολύ χαμηλών ροών είτε με αυτόματη και ασφαλή διαχείριση της συνολικής ροής των φρέσκων αερίων, είτε με εξελιγμένο σύστημα καθοδήγησης, είτε με χορήγηση πτητικού κυρίως κατά τη διάρκεια της εισπνοής και αυτόματη διόρθωση της ροής φρέσκων αερίων σε περίπτωση ανίχνευσης υποξικού μίγματος. Να περιγράφει προς αξιολόγηση οποιαδήποτε δυνατότητα του μηχανήματος συμβάλει στη μείωση των καταναλισκόμενων αερίων».

Αριθμός απόφασης: Α125/2018

12. Επειδή με τις με αρ. πρωτ. 12270/12.03.2018 απόψεις της η αναθέτουσα αρχή αναφέρει ότι στην εν θέματι διακήρυξη έγινε χρήση των με αριθ. πρωτ. 3334/20.01.2017 τεχνικών προδιαγραφών της επιτροπής σύνταξης τεχνικών προδιαγραφών, που είχε ορισθεί με την υπ. αριθ. Α129/13.02.2018 (ΑΔΑ: ΨΨΕΘ469060-ΗΓΖ) Απόφαση του Διοικητή του Νοσοκομείου. Ειδικότερα, για τις εν λόγω τεχνικές προδιαγραφές αναφέρει τα εξής: «Στη φάση της 1ης διαβούλευσης η προσφεύγουσα εταιρίακατέθεσε τις από 10/11/2016 Παρατηρήσεις επί των αρχικών τεχνικών προδιαγραφών. Η επιτροπή σύνταξης τεχνικών προδιαγραφών, με αιτιολογική έκθεση τροποποίησε τις αρχικές της προδιαγραφές και τις κατέθεσε διαβουλευμένες, οι οποίες τέθηκαν σε 2η διαβούλευση. Στη δεύτερη φάση της διαβούλευσης και πάλι η προσφεύγουσα εταιρίακατέθεσε τις από 27/12/2016 Παρατηρήσεις της. Η επιτροπή σύνταξης τεχνικών προδιαγραφών, με αιτιολογική έκθεση προέβη σε τροποποίηση αυτών και κατέθεσε τις τελικές προδιαγραφές, οι οποίες εγκρίθηκαν με τη με αριθμό ΕΗΔ 8/2η τακτική/24.01.2017 (ΑΔΑ: ΨΨΥ2469060-2Τ0) Απόφαση του ΔΣ του νοσοκομείου. [...] Επί της προσφυγής, με έγγραφο του Διοικητή του νοσοκομείου, ζητήθηκε η γνωμοδότηση της επιτροπής σύνταξης τεχνικών προδιαγραφών επί των κατατεθειμένων τεχνικών προσφορών. Η επιτροπή απέστειλε τη γνωμοδότησή της, με το με αριθ. πρωτ. 11884/08.03.2018 έγγραφό της ως εξής: «Όσον αφορά τα αναφερόμενα για την προδιαγραφή 6 είναι προφανές, από την ανάγνωση της προδιαγραφής, ότι ζητείται να περιλαμβάνεται στο μηχάνημα μηχανισμός που εξυπηρετεί την προσαρμογή δύο ενεργών εξαερωτήρων με μηχανισμό ασφαλείας που θα αποτρέπει τη λειτουργία του ενός όταν ο δεύτερος θα είναι σε λειτουργία προκειμένου να αποφεύγεται η συγχορήγηση δύο πτητικών αναισθητικών από παραδρομή. Επιπλέον θα θέλαμε να τονίσουμε ότι ουδέποτε στα προς χρήση μηχανήματα παρατηρείται λανθάνων χρόνος για προθέρμανση των εξαερωτήρων και έναρξη της χορήγησης πτητικού αναισθητικού καθώς η αύξηση της εισπνευστικής συγκέντρωσης του πτητικού γίνεται άμεσα με ρυθμό που καθορίζεται από τη ροή των φρέσκων αερίων και την επιλεγόμενη συγκέντρωση του πτητικού στα φρέσκα αέρια. Να σημειώσουμε στο σημείο αυτό ότι μέχρι τώρα όχι μόνο στο νοσοκομείο μας αλλά και στο σύνολο σχεδόν των δημοσίων νοσοκομείων της χώρας ο μηχανισμός προσαρμογής δύο

Αριθμός απόφασης: Α125/2018

εξαερωτήρων είναι κανόνας ανεξάρτητα της παλαιότητας των αναισθησιολογικών μηχανημάτων. Σαφώς η επιτροπή πιστεύει ότι η προσαρμογή δύο εξαερωτήρων διευκολύνει την αλλαγή χορηγούμενου πτητικού με έναν απλό μηχανισμό αποκλεισμού του ενός ή του δεύτερου προσαρμοσμένου εξαερωτήρα. Η απλή αποθήκευση του ενός εξαερωτήρα σε κάποια θέση του μηχανήματος σαφώς και αυξάνει το χρόνο αλλαγής του χορηγούμενου πτητικού αναισθητικού καθώς θα πρέπει πρώτα να αφαιρεθεί ο λειτουργών εξαερωτήρας και στη συνέχεια να γίνει προσαρμογή του δεύτερου.

Επιπλέον θα πρέπει να σημειωθεί ότι κατά τη διάρκεια της διαβούλευσης για τη σύνταξη των προδιαγραφών, η εταιρεία, όπως και δύο άλλες, προσφέρθηκε και πραγματοποίησε επίδειξη αναισθησιολογικού μηχανήματος το οποίο διέθετε την εν λόγω διάταξη όπως περιγράφεται στα γενικά της χαρακτηριστικά από την προδιαγραφή. Τέλος η αποφυγή περιγραφής περαιτέρω χαρακτηριστικών του παραπάνω μηχανισμού στη διατύπωση της προδιαγραφής (αν δηλαδή θα είναι ο κλασσικός συμβατικός ή ηλεκτρονικός ή θα έχει οποιοδήποτε άλλο χαρακτηριστικό) θεωρούμε ότι διευκολύνει τη συμμετοχή οποιαδήποτε εταιρείας διαθέτει στο αναισθησιολογικό μηχάνημα που θα προσφέρει μηχανισμό προσαρμογής δύο ανεξάρτητων εξαερωτήρων. Αντίθετα θεωρούμε ότι η οποιαδήποτε άλλη προσθήκη ειδικά αν θα αναφέρεται σε επιμέρους χαρακτηριστικά μπορεί να προκαλέσει σύγχυση και να επιφέρει την προσφυγή άλλων εταιρειών που δεν διαθέτουν τα χαρακτηριστικά που αναφέρει η εταιρεία στην προσφυγή της.

Ομοίως η διατύπωση της προδιαγραφής 10 είναι τέτοια που ζητείται σύστημα αυτόματης διαχείρισης της ροής των φρέσκων αερίων ακόμη και σε χαμηλές ή πολύ χαμηλές ροές με τρόπο που δεν καθορίζει τα επιμέρους χαρακτηριστικά του μηχανισμού με στόχο να αποφευχθούν αποκλεισμοί εταιρειών. Καθορίζει όμως σαφώς ότι η διαχείριση της ροής των φρέσκων αερίων θα πρέπει να γίνεται με τρόπο που εξασφαλίζει την αυτόματη και ασφαλή διαχείριση της συνολικής ροής. Η σχετική αναφορά θεωρούμε όπως διατυπώνεται ότι εξασφαλίζει την ύπαρξη μηχανισμού αποφυγής χορήγησης υποξικού μείγματος όπως σωστά αναφέρει και η εταιρεία ότι πρέπει να συμβαίνει. Άλλωστε σε άλλο σημείο των προδιαγραφών ορίζεται σαφώς ότι θα πρέπει να εξασφαλίζεται χορηγούμενη συγκέντρωση οξυγόνου τουλάχιστον 25% γεγονός που αποκλείει τη χορήγηση υποξικού μίγματος. Κατά συνέπεια

Αριθμός απόφασης: Α125/2018

θεωρούμε ότι η συγκεκριμένη διατύπωση σε καμία περίπτωση δεν αποκλείει την προσφεύγουσα εταιρεία καθώς δεν ορίζει επιμέρους χαρακτηριστικά που πρέπει να έχει ο παραπάνω μηχανισμός. Επομένως η προσθήκη επιπλέον διατυπώσεων που θα αναφερόταν σε επιμέρους χαρακτηριστικά θεωρούμε ότι πιθανόν θα προκαλούσε προσφυγές από άλλες εταιρείες και προφανώς θα οδηγούσε σε αδικαιολόγητη καθυστέρηση του διαγωνισμού. Κατόπιν των ανωτέρω θεωρούμε ότι η διατύπωση των εν λόγω προδιαγραφών κινείται στην κατεύθυνση της αποφυγής αποκλεισμού κάποιας εταιρείας εξασφαλίζοντας όμως χαρακτηριστικά που και βρίσκονται σε χρήση από ετών αλλά και εξασφαλίζουν την ασφάλεια και την παροχή υψηλής ποιότητας υπηρεσιών. Αντίθετα η προσθήκη και περιγραφή επιμέρους τεχνικών χαρακτηριστικών θα μπορούσε να εκληφθεί ως φωτογραφική και να καθυστερήσει την εξέλιξη του διαγωνισμού με αποτέλεσμα περαιτέρω και αδικαιολόγητη καθυστέρηση στην ανανέωση του εξοπλισμού της αναισθησιολογικής κλινικής. Τέλος θα πρέπει να τονιστεί ότι από τα αρχεία που η επιτροπή διατηρεί σε ηλεκτρονική μορφή, από την εξέλιξη των διαβουλεύσεων που προηγήθηκαν της οριστικής διατύπωσης των προδιαγραφών, οι προαναφερόμενες προδιαγραφές υπήρχαν χωρίς όμως, τουλάχιστον όσο είναι σε γνώση της επιτροπής, να γίνουν αντικείμενο σχολιασμού από την εταιρεία.....».

Τέλος, η αναθέτουσα αρχή αναφέρει ότι «Το αντικείμενο του εν λόγω διαγωνισμού αφορά στην προμήθεια και εγκατάσταση εξοπλισμού για την Αναισθησιολογική Κλινική του νοσοκομείου, εξοπλισμός πλήρως και άμεσα αναγκαίος για την λειτουργία της, η καθυστέρηση εγκατάστασης των οποίων δημιουργεί ήδη σοβαρότατα προβλήματα στην καθημερινή λειτουργία του νοσοκομείου και των χειρουργείων και τυχόν ματαίωση του διαγωνισμού, θα σημάνει σημαντική καθυστέρηση σε βάρος του Π.Γ.Ν.Λ., της ποιότητας και της ποσότητας των χειρουργείων και φυσικά των εκατοντάδων ασθενών που είναι στη λίστα χειρουργείου και προηγούνται έναντι των οικονομικών συμφερόντων της αιτούσας εταιρίας. Σε κάθε περίπτωση επιφυλασσόμεθα για τυχόν νομικές μας ενέργειες».

13. Επειδή ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται ότι ο προσφεύγων είναι ο επίσημος αντιπρόσωπος του κατασκευαστικού οίκουκαι διαθέτει στον κατάλογό του το αναισθησιολογικό μηχάνηματου εν λόγω οίκου (με εγκατεστημένη βάση τουστα νοσοκομεία

Αριθμός απόφασης: Α125/2018

.....και.....»). Το εν λόγω μηχάνημα είναι πλήρως σύμφωνο με τις ζητούμενες από την αναθέτουσα αρχή τεχνικές προδιαγραφές, και, ως εκ τούτου, δύναται απρόσκοπτα και άνευ οιαδήποτε περιορισμού να συμμετάσχει στην εν θέματι διαγωνιστική διαδικασία. Αναφέρει επίσης, ότι ουδεμία στρέβλωση υφίσταται ο ανταγωνισμός αλλά αντιθέτως προάγεται τούτος, ως και το δημόσιο συμφέρον, ουδείς προμηθευτής δεν ευνοείται ενώ είναι απολύτως δυνατή και ευχερής η συμμετοχή του προσφεύγοντος στη διαγωνιστική διαδικασία.

Ειδικότερα αναφέρει ότι «το αναισθησιολογικό μηχάνηματου κατασκευαστικού οίκου....., φέρει σύστημα προσαρμογής δύο (2) ενεργών εξαερωτήρων για χορήγηση αναισθητικών αερίων, με διάταξη ασφαλείας που αποκλείει την ταυτόχρονη ενεργοποίηση και των δύο εξαερωτήρων. (Προς απόδειξη των ανωτέρω κατέθεσε το επίσημο φυλλάδιο του κατασκευαστή).

Το σύστημα προσαρμογής δύο (2) ενεργών εξαερωτήρων, είναι βασικό χαρακτηριστικό που διαθέτει η συντριπτική πλειοψηφία των κατασκευαστών αναισθησιολογικών μηχανημάτων και συνεπώς δεν υφίσταται ουδείς περιορισμός στην συμμετοχή οιαδήποτε κατάλληλου προμηθευτού.

Το επιχείρημα μάλιστα που προβάλλει η προσφεύγουσα στην προσφυγή της ότι η τεχνολογία του ενός εξαερωτήρα υπερτερεί καταφανώς των συμβατικών συστημάτων, τόσο εξαιτίας του χαμηλού βάρους (3kg) όσο και λόγω της απλής και ταχείας διαδικασίας αφαίρεσης και επανασυρμολόγησής του στο αναισθησιολογικό μηχάνημα, που επιτυγχάνεται με μία μόνο κίνηση είναι εντελώς αβάσιμο διότι πολύ απλά στα σύγχρονα και εξελιγμένα αναισθησιολογικά μηχανήματα με δύο ενεργούς εξαερωτήρες ΔΕΝ υπάρχει ανάγκη αφαίρεσης και επανασυρμολόγησής τους. Μάλιστα η εν λόγω διαδικασία, σε καθημερινή βάση δυσκολεύει την ροή εργασίας διότι ο χειριστής θα πρέπει κάθε φορά που επιθυμεί να χρησιμοποιήσει διαφορετικό εξαερωτήρα (πχ. ή) να αφαιρεί τον τρέχοντα από την ενεργή υποδοχή, να τον τοποθετεί στην βάση αποθήκευσης που βρίσκεται σε διαφορετικό σημείο στο μηχάνημα, να βγάζει από την ίδια βάση τον εξαερωτήρα που επιθυμεί να χρησιμοποιήσει και να τον τοποθετεί πίσω στην ενεργή υποδοχή (στο επισυναπτόμενο φυλλάδιο, στη σελίδα 12, γίνεται αναφορά στο κέρδος των δύο ενεργών εξαερωτήρων καθώς αναφέρει ότι ο

Αριθμός απόφασης: Α125/2018

εξαερωτήρας δεν χρειάζεται να έχει προθερμανθεί, όντας ήδη σε ενεργή θέση).

Τέλος η παραπάνω διαδικασία εγκυμονεί κινδύνους για την ασφάλεια στο χειρουργείο (ατυχήματα από πιθανή πτώση του εξαερωτήρα κτλ.)».

Όσον αφορά την προδιαγραφή 10 αναφέρει ότι «Το αναισθησιολογικό μηχάνηματου κατασκευαστικού οίκου....., για τον περιορισμό των καταναλισκομένων ποσοτήτων φρέσκων και πτητικών αερίων, έχει την δυνατότητα αυτόματης και ασφαλούς διαχείρισης της συνολικής ροής των φρέσκων αερίων σε επίπεδο χαμηλών και πολύ χαμηλών ροών με συνεχή παρακολούθηση και απεικόνιση των τιμών, κυματομορφών και των παραμέτρων αερισμού», παραπέμπει δε σε συγκεκριμένο χωρίο του επισυναπτόμενου με την παρέμβαση φυλλαδίου του κατασκευαστή, προς απόδειξη του ισχυρισμού του.

Τέλος αναφέρει ότι «Η πρόταση για προσθήκη στην εν λόγω προδιαγραφή της εναλλακτικής τεχνικής λύσης για εξελιγμένο σύστημα καθοδήγησης, με χορήγηση πτητικού κυρίως κατά τη διάρκεια της εισπνοής και αυτόματη διόρθωση της ροής φρέσκων αερίων σε περίπτωση ανίχνευσης υποξικού μίγματος, σε καμία περίπτωση δεν αποτελεί λύση για μείωση της ροής φρέσκων αερίων (τα οποία φρέσκα αέρια εμπλουτίζονται με τα πτητικά αέρια) ώστε να υπάρξει οικονομία στην κατανάλωση και παροχή χαμηλών και πολύ χαμηλών ροών».

14. 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, 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».

15.Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 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

Αριθμός απόφασης: Α125/2018

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».

16.Επειδή στο άρθρο 46 του Ν.4412/2016 «Προκαταρκτικές διαβουλεύσεις της αγοράς» (άρθρο 40 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), ορίζεται «Πριν από την έναρξη μίας διαδικασίας σύναψης σύμβασης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να διεξάγουν διαβουλεύσεις με την αγορά, προκειμένου να προετοιμάσουν τη διαδικασία σύναψης σύμβασης και να ενημερώνουν τους οικονομικούς φορείς για τα σχέδια και τις απαιτήσεις τους όσον αφορά τις συμβάσεις». [...].

17.Επειδή το άρθρο 53 παρ. 2 περ. ια του ίδιου Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «.....2. Τα έγγραφα της σύμβασης, πλην της προκήρυξης σύμβασης του άρθρου 63 και της προκαταρκτικής προκήρυξης του άρθρου 62 σε περίπτωση που χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης του διαγωνισμού, περιέχουν ιδίως: ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης...».

18. Επειδή το άρθρο 54 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «Άρθρο 54 Τεχνικές προδιαγραφές (άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ).

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,

Αριθμός απόφασης: Α125/2018

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 [.....].

19. 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...».

20.Επειδή, κατά πάγια νομολογία η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη, να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές με βάση τις ανάγκες και την σκοπιμότητα χρήσης, 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 μόνου 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

Αριθμός απόφασης: Α125/2018

απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει 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, Ε.Α. 3719/2011, 676, 214/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 303/2007, 977/2006).

21. Επειδή, ειδικότερα, 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 απaráδεκτοι (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 307/2007).

22. Επειδή, ως έχει παγίως κριθεί, απαραδέκτως προβάλλονται ισχυρισμοί ως προς την σκοπιμότητα της θέσπισης συγκεκριμένης προδιαγραφής (βλ. Ε.Α. 354/2014, 1140/2010 Ε.Α. 3719/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 977/2006 κ.ά.).

23. Επειδή σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής του από την αναθέτουσα αρχή ή τον παρεμβαίνοντα, 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.

24. Επειδή, σε συνέχεια των αναφερόμενων στην ανωτέρω σκέψη, ελέγχεται αυτεπάγγελτα η συνδρομή των ουσιαστικών κριτηρίων του εννόμου συμφέροντος με βάση το κατά πόσο από το έγγραφο της προσφυγής και τα

Αριθμός απόφασης: Α125/2018

στοιχεία του φακέλου αποδεικνύεται η ύπαρξη του έννομου συμφέροντος. Δεν αρκεί δηλαδή ο προσφεύγων να επικαλείται την ύπαρξη έννομου 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 ΑΕ. 2017). Υφίσταται, περαιτέρω, στα πλαίσια της μεν ακυρωτικής δίκης προαπόδειξη του εννόμου γεγονός που δεν καθιστά θεμιτή τη μεταγενέστερη προσαγωγή αποδεικτικών στοιχείων θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος ΣΤΕ 1393/2003) στη δε διαδικασία εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής το έννομο συμφέρον θα πρέπει να προαποδεικνύεται με την άσκησή της.

25. 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.

26. 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 Συντάγματος) 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).

27. 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).

Αριθμός απόφασης: Α125/2018

28.Επειδή, 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).

29. Επειδή, ως έχει παγίως κριθεί, ο περιορισμός των προσώπων που δύνανται να προσφύγουν κατά μιας κανονιστικής πράξης, υπό την έννοια της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος είναι θεμιτός και επιβεβλημένος, μη προσκρούων στο άρθρο 6 της ΕΣΔΑ καθόσον συνάδει στην εξασφάλιση αποτελεσματικής έννομης προστασίας κατά το προδικαστικό στάδιο, αποτρέποντας την έναρξη προπετών διαδικασιών, με παρελκυστικά κίνητρα που παρεμποδίζουν την υγιή ανταγωνισμό και την ανάπτυξη.

30.Επειδή το άρθρο 1 παρ. 1 της Οδηγίας 89/665/ΕΚ επιβάλλει στα κράτη μέλη την υποχρέωση να λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε οι παράνομες αποφάσεις των αναθετουσών αρχών να υπόκεινται στην άσκηση αποτελεσματικών και όσο το δυνατόν ταχύτερων προσφυγών (βλ. ενδεικτικά C-470/99, *Universale-Bau*, Συλλογή 2002, σ. I-11617, σκέψη 74 και της 19ης Ιουνίου 2003, *Fritsch, Chiari & Partner*, κλπ, C-410/01, Συλλογή 2003, σ. I-6413, σκέψη 30). Ωστόσο η άρνηση αναγνώρισης εννόμου συμφέροντος για άσκηση προσφυγής σε συγκεκριμένες περιπτώσεις προφανώς δεν περιορίζει την πρακτική αποτελεσματικότητα της εν λόγω Οδηγίας αλλά σε πολλές περιπτώσεις συνάδει στην σκοπούμενη επιτάχυνση και συνακόλουθα αποτελεσματικότητα της παροχής έννομης προστασίας.

31. Επειδή στα πλαίσια της δικονομικής Οδηγίας 89/665/ΕΚ καθίστανται σαφές ότι τα κράτη μέλη δεν υποχρεούνται να παρέχουν το δικαίωμα ασκήσεως προσφυγής σε οποιοδήποτε πρόσωπο επιδιώκει τη σύναψη δημοσίας συμβάσεως (βλ. ενδεικτικά ΔΕΕ C-240/01, 19.6.03, *W.Hackermuller*, Συλλ. 2003, I-6319, σκέψεις 18-19 και C-230/02, 12.2.04 *Grossmann Air Service*, σκ 26).

Αριθμός απόφασης: Α125/2018

32.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 της ανεξαρτήτως της βασιμότητας των 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, 2^η έκδοση, παρ. 133 σελ.96-97).

33. Επειδή ο προσφεύγων ρητώς αναφέρει ότι προτίθεται να προσφέρει αναισθησιολογικό συγκρότημα των οίκων και το οποίο ισχυρίζεται, ότι επιτυγχάνει εναλλακτικώς και ισοδυνάμως το εκάστοτε επιδιωκόμενο αποτέλεσμα με τους επίμαχους όρους της διακήρυξης, δηλαδή με την 6^η και 10η προδιαγραφή του αναισθησιολογικού μηχανήματος. Με τους επίμαχους όμως όρους αποκλείεται αυτόματα και συλλήβδην η συμμετοχή του.

34. Επειδή, ειδικότερα, ο προσφεύγων ισχυρίζεται μεν ότι αποκλείεται αυτόματα και συλλήβδην η συμμετοχή του στο διαγωνισμό λόγω των επίμαχων τεχνικών προδιαγραφών, ωστόσο δεν επικαλείται και δεν αποδεικνύει ότι δεν δύναται να συμμετάσχει στο διαγωνισμό προσφέροντας αναισθησιολογικό μηχάνημα που να καλύπτει τις επίμαχες προδιαγραφές, ούτε προκύπτει σαφώς και άνευ ουδεμίας αμφιβολίας από τις *ad hoc* ειδικές συνθήκες ότι θίγονται τα επαγγελματικά και οικονομικά του συμφέροντα. Συνεπώς, δεν θεμελιώνει στο παρόν στάδιο προσωπικό, άμεσο και ενεστώς έννομο συμφέρον, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναγραφόμενα στις σκέψεις 23-28 και 32 της παρούσας.

35. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 366 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι : «1. Η ΑΕΠΠ, μπορεί, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της

Αριθμός απόφασης: Α125/2018

προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως, όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση της απόφασής της. 2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μην χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης παραγράφου αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δεν θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

36. Επειδή, προϋπόθεση παροχής προσωρινών μέτρων υπέρ του προσφεύγοντος είναι α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του, γ) η απλή πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη – ως και προδήλως απαράδεκτη – προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

37. Επειδή σύμφωνα με τα ανωτέρω αναφερθέντα, κρίνεται ότι λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος εκ μέρους του προσφεύγοντος, δεν πληρούται η α) προϋπόθεση παροχής προσωρινών μέτρων υπέρ του δηλαδή της παραδεκτής άσκησης της προδικαστικής προσφυγής και δευτερευόντως η θεμελίωση ύπαρξης βλάβης του προσφεύγοντος. Ακόμη, δε, και εάν ήθελε υποτεθεί ότι υφίστανται πλημμέλειες στους επίμαχους όρους της διακήρυξης, γεγονός που εν προκειμένω δεν είναι δυνατόν να εξετασθεί, όσο σοβαρές και εάν είναι, δεν μπορούν να θεμελιώσουν έννομο συμφέρον για τον

Αριθμός απόφασης: Α125/2018

προσφεύγοντα, αφού άλλωστε η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της αιτήσεως και όχι στο παραδεκτό αυτής.

38. Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση.

39.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής-προσωρινών μέτρων του αιτούντος.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 15 Μαρτίου 2018 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Ειρήνη Ε. Αποκάρδου

Η Γραμματέας

Βασιλική Μπάκου