

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 15 Δεκεμβρίου 2017 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου Πρόεδρος, Εμμανουέλα Σωτηρόπουλου-Εισηγήτρια και Μιχαήλ Σειραδάκης, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 14/11/2017 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)- Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 247/14-11-2017 και Ειδ. Αριθ. Κατ. ΙΙΙ/44/14-11-2017 της εταιρείας με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του Πανεπιστημιακού Γενικού Νοσοκομείου Ηρακλείου-Γενικού Νοσοκομείου «Βενιζέλειου» και των όρων της με αρ. 25ΔΙΣ/2017 διακήρυξης Ηλεκτρονικού Ανοιχτού Διεθνούς Διαγωνισμού για την προμήθεια «Καθετήρων» του Πανεπιστημιακού Γενικού Νοσοκομείου Ηρακλείου-Γενικού Νοσοκομείο «Βενιζέλειου», για ένα (1) έτος, προϋπολογισμού 82.504,28 € χωρίς Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει της τιμής.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η προδιαγραφή με κωδικό α/α 2 της διακήρυξης άλλως να τροποποιηθεί αυτή.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Εμμανουέλα Σωτηροπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί δυνάμει της με αρ. 760 οικ./13-11-2017 Βεβαίωσης ελέγχου και δέσμευσης ηλεκτρονικού

Αριθμός Απόφασης : 206 /2017

παραβόλου της ΑΕΠΠ, το υπ' αριθμ. ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό 173864013958 0109 0024, το οποίο πληρώθηκε εμπρόθεσμα την 13-11-2017, ποσού εξακοσίων ευρώ (600,00€), σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (ΦΕΚ Α' 64).

2. 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.

3. Επειδή με τη με αρ. με 25ΔΙΣ/2017 διακήρυξη του Πανεπιστημιακού Γενικού Νοσοκομείου Ηρακλείου-Γενικού Νοσοκομείο «Βενιζέλειου», προκηρύχτηκε Ηλεκτρονικός Ανοιχτός Διεθνής Διαγωνισμός για την προμήθεια «Καθετήρων» (CPV 33141200-2) για τις ανάγκες του Γενικού Νοσοκομείο «Βενιζέλειου», για ένα (1) έτος, προϋπολογισμού 82.504,28 € χωρίς Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει της τιμής, με ημερομηνία έναρξης ηλεκτρονικής υποβολής προσφορών την 30η Οκτωβρίου 2017 και ώρα 15.00 μ.μ, καταληκτική ημερομηνία ηλεκτρονικής υποβολής προσφορών την 6η Δεκεμβρίου 2017 και ώρα 15.00 μ.μ και ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών την 12η Δεκεμβρίου 2017 και ώρα 10.30 π.μ. Η ως άνω Διακήρυξη απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 23-10-2017 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στο Tenders Electronic Daily (TED) και δημοσιεύτηκε στις 26-10-2017, με κωδικό 2017/S 206-426424. Το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 27-10-2017 και έλαβε ΑΔΑΜ 17PROC002154596 2017-10-27 και στις 30-10-2017 καταχωρήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., όπου έλαβε το συστημικό αριθμό..... Η προσφεύγουσα εταιρεία υπέβαλε στις 27.11.2017 και ώρα 15:09:55 μ.μ.. τη με αρ. 81445 προσφορά της.

4. Επειδή ο επίδικος διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και ως εκ τούτου στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016.

5. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι 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.

6. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. γ), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016. Ως εκ τούτου, η Α.Ε.Π.Π. είναι χρονικά αρμόδια να επιληφθεί της υπό κρίση κατατεθείσας προδικαστικής προσφυγής, κατά τα οριζόμενα στην παρ. 7 του άρθρου 379 του Ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει, εφόσον η διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε σε χρόνο μεταγενέστερο από την 26η Ιουνίου 2017.

7. 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.

8. Επειδή με την υπό κρίση Προσφυγή της η Προσφεύγουσα στρέφεται κατά του υπό προμήθεια με α/α 2 είδους της Διακήρυξης, που αφορά τις τεχνικές προδιαγραφές για την ανάδειξη αναδόχου για την προμήθεια πλήρους σετ εμφυτεύσιμου κώδωνα (τυμπάνου), με τις οποίες ζητείται από τους διαγωνιζόμενους να υποβάλλουν οικονομική προσφορά που θα περιέχει τις κάτωθι απαιτήσεις: Ο κώδωνας να είναι κατασκευασμένος από τιτάνιο. Η δεξαμενή να διαθέτει σύστημα κυκλικής ροής για μείωση του κινδύνου απόφραξης καθώς και στρογγυλοποιημένα τοιχώματα χωρίς γωνίες. Να διαθέτει τρεις οπές για την καθήλωση του γεμισμένες με σιλικόνη. Να είναι κατάλληλο για δυναμική έγχυση με χρήση εγχυτή έως 300psi. Να συνοδεύεται από σετ έγχυσης ασφαλείας με μία βελόνα non-coring ασφαλείας 22 G. Να συνοδεύεται από ένα φλεβικό καθετήρα έγχυσης κατασκευασμένο από πολυουρεθάνη, αποσπώμενο, 8Fr, επικαλούμενη ότι οι παραπάνω προδιαγραφές, τιθέμενες κατά παράβαση των κείμενων διατάξεων του Εθνικού

και Ενωσιακού Δικαίου περί Δημοσίων Συμβάσεων, των αρχών της ίσης μεταχείρισης των συμμετεχόντων σε διαγωνιστική διαδικασία, της διαφάνειας και της αναλογικότητας αλλά και κατά παραβίαση των αρχών του ελεύθερου ανταγωνισμού, παραπέμπουν σε τεχνική προδιαγραφή συγκεκριμένης εταιρείας, της....., καθώς τα χαρακτηριστικά που απαιτούνται φωτογραφίζουν υλικά της ως άνω εταιρείας και δη το υλικό των τυμπάνων και η διαμόρφωση των τυμπάνων, το υλικό του καθετήρα και η διάσταση της βελόνας και με τον τρόπο αυτό αποκλείονται τα προϊόντα που εκείνη διαθέτει.

9. Επειδή η προσφεύγουσα μετά ταύτα αιτείται να ακυρωθεί ο συγκεκριμένος όρος της Διακήρυξης και ειδικότερα η προδιαγραφή α/α 2 άλλως να τροποποιηθεί ως εξής: *«Πλήρες σετ εμφυτεύσιμου κώδωνα (τυμπάνου). Ο κώδωνας να είναι κατασκευασμένος από τιτάνιο ή πλαστικού τύπου υλικό. Η συσκευή να διαθέτει μηχανισμό για μείωση του κινδύνου απόφραξης και της μη χρήσης ηπαρίνης . Να διαθέτει τρεις οπές για την καθήλωση του γεμισμένες με σιλικόνη. Να είναι κατάλληλο για δυναμική έγχυση με χρήση εγχυτή έως 300psi. Να συνοδεύεται από σετ έγχυσης ασφαλείας σε ξεχωριστή αποστειρωμένη συσκευασία για την πρώτη θεραπεία με μία βελόνα non-coring ασφαλείας 20G. Να συνοδεύεται από ένα φλεβικό καθετήρα έγχυσης κατασκευασμένο από πολυουρεθάνη, αποσπώμενο, 8Fr, ο οποίος εμπειριστατωμένα μέσω κλινικών μελετών να αποδεικνύεται ότι αντέχει στα σκευάσματα των ταξανών.»*

10. Επειδή στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι *«Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».*

11. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω και στο ισχύον πλαίσιο (Ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο με τον νόμο σύστημα παροχής δικαστικής προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής, παράβαση των κανόνων, οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. κατά την έννοια του άρθρου 3 του ΠΔ 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 στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή του στον διαγωνισμό και εν συνεχεία λάβει μέρος στον διαγωνισμό, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, η συμμετοχή του στο διαγωνισμό να συνοδεύεται από την διατύπωση επιφυλάξεως ως προς τη νομιμότητα του όρου ή των όρων της διακήρυξης από τους οποίους βλάπτεται. (ΣτΕ (Ασφ) 9/2015, ΔΕφΑθ (Αναστ.) 44/2015, ΔΕφΑθ (Ασφ) 561 /2013, ΣτΕ(Ασφ) 314/2013, ΣτΕ (Ασφ) 472/2012, ΣτΕ (Ασφ) 718/2012, ΣτΕ (Ασφ) 714/2012, ΣτΕ 890/2009, ΣτΕ 1415/2008 Ολομ., 881/2008, Ε.Α. 131/2003 κ.ά.).

12. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι :
«1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους

προσφορών. 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: α) .. β) [..], 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, [..]. Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 54 του Ν.4412/2016, όπως τούτο ενσωματώνει το άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ , ορίζεται ότι : «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται στην περίπτωση 1 του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α` παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. Τα χαρακτηριστικά αυτά μπορεί επίσης να αναφέρονται στη συγκεκριμένη διαδικασία ή μέθοδο παραγωγής ή παροχής των ζητούμενων έργων, αγαθών ή υπηρεσιών ή σε ειδική διαδικασία άλλου σταδίου του κύκλου ζωής τους, ακόμη και αν οι παράγοντες αυτοί δεν αποτελούν μέρος της υλικής τους υπόστασης, υπό την προϋπόθεση ότι συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης και είναι ανάλογα με την αξία και τους σκοπούς της[...]

2. Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό. 3. Οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται με έναν από τους κατωτέρω τρόπους: α) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, συμπεριλαμβανομένων των περιβαλλοντικών χαρακτηριστικών, [...], β) με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και, με σειρά προτεραιότητας, σε εθνικά πρότυπα που αποτελούν μεταφορά ευρωπαϊκών πρότυπων, σε ευρωπαϊκές τεχνικές εγκρίσεις, σε κοινές τεχνικές προδιαγραφές, σε διεθνή πρότυπα, σε άλλα τεχνικά συστήματα αναφοράς που έχουν θεσπιστεί από ευρωπαϊκούς οργανισμούς τυποποίησης ή - όταν αυτά δεν υπάρχουν - σε εθνικά πρότυπα, σε εθνικές τεχνικές εγκρίσεις ή σε εθνικές τεχνικές προδιαγραφές στον τομέα του σχεδιασμού, του υπολογισμού

και της εκτέλεσης των έργων και της χρησιμοποίησης των αγαθών, κάθε παραπομπή 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 αντικειμένου της σύμβασης κατ' εφαρμογή της παρ. 3. Η εν λόγω μνεία συνοδεύεται από τον όρο «ή ισοδύναμο».

13. Επειδή κατά την έννοια των άνω διατάξεων, 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, ούτε να συνεπάγονται αδικαιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη ανταγωνισμού (βλ. απόφαση ΕλΣυν/Τμήμα VI/2402/2010), καθώς επίσης, και συμφώνως με την αρχή της διαφάνειας, να μην περιλαμβάνουν ορολογία, η

οποία θα μπορούσε να οδηγήσει σε απροσδιοριστία, ούτε στοιχεία που μειώνουν τον ανταγωνισμό ή δημιουργούν διακρίσεις.

14. Επειδή, κατά τη διάταξη του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016, όπως τούτο ενσωματώνει τη διάταξη του άρθρου 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ ορίζεται ότι : « 1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων».

15. Επειδή εν όψει των ανωτέρω διατάξεων του άρθρου 346 του Ν. 4412/2016 ερμηνευομένων σε συνδυασμό προς τις προπαρατεθείσες διατάξεις των άρθρων 18, 53 και 54 του Ν. 4412/2016 η Διοίκηση είναι, κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης ως προς τα προς προμήθεια είδη, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη, απαραδέκτως δε αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό η σκοπιμότητα της θεσπίσεως επί μέρους τεχνικών προδιαγραφών εν όψει του γεγονότος ότι κανονιστικές ρυθμίσεις, όπως οι θεσπιζόμενοι με την διακήρυξη διαγωνισμού όροι, δεν χρήζουν ως εκ της φύσεώς τους αιτιολογίας (ΕΑ 876/2004). Ειδικότερα, λόγοι προσφυγής 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 προδιαγράψει αυτός, κατά τις επαγγελματικές του ανάγκες, τα προς προμήθεια είδη, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (ΕΑ ΣΤΕ 866/2010, 577/2008, 1317/2007, 201/2007, 1274/2006, 1076, 977/2006). Επομένως, η συμπερίληψη στη διακήρυξη απαιτήσεων αναγκαίων, κατά την εκτίμηση της υπηρεσίας, τις οποίες, όμως, είναι ενδεχόμενο να μην πληρούν τα προϊόντα ορισμένων προμηθευτών, μπορεί μεν να συνεπάγεται την αδυναμία συμμετοχής τους στο διαγωνισμό, δεν παραβιάζει, όμως, αυτή και μόνη, άνευ ετέρου, τους κανόνες του ανταγωνισμού, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων (ΕΑ 2/2011, 2354/2009, 670/2009, 438/2008, 1208, 977/2006).

16. Επειδή εν προκειμένω, στη διακήρυξη προβλέπονται μεταξύ άλλων οι εξής τεχνικές προδιαγραφές ως προς το πλήρες σετ εμφυτεύσιμου κώδωνα (τυμπάνου) : *«Ο κώδωνας να είναι κατασκευασμένος από τιτάνιο. Η δεξαμενή να διαθέτει σύστημα κυκλικής ροής για μείωση του κινδύνου απόφραξης καθώς και στρογγυλοποιημένα τοιχώματα χωρίς γωνίες. Να διαθέτει τρεις οπές για την καθήλωση του γεμισμένες με σιλικόνη. Να είναι κατάλληλο για δυναμική έγχυση με χρήση εγχυτή έως 300psi. Να συνοδεύεται από σετ έγχυσης ασφαλείας με μία βελόνα non-coring ασφαλείας 22 G. Να συνοδεύεται από ένα φλεβικό καθετήρα έγχυσης κατασκευασμένο από πολυουρεθάνη, αποσπώμενο, 8Fr».*

17. Επειδή η προσφεύγουσα προβάλλει με την προδικαστική της προσφυγή ότι, καθώς τα χαρακτηριστικά που απαιτούνται φωτογραφίζουν υλικά της εταιρείαςκαι ειδικότερα ότι *«η παραπάνω προδιαγραφή παραπέμπει σε τεχνική προδιαγραφή συγκεκριμένης εταιρείας, καθώς περιέχει τεχνικά χαρακτηριστικά τα οποία δύνανται να εντοπιστούν μόνο στα προϊόντα της εταιρείαςπου αντιπροσωπεύει την εταιρεία....., με αποτέλεσμα να αποκλείονται συστήματα αντίστοιχης και ανώτερης τεχνολογίας με πολλαπλά οφέλη[...]* Αναλυτικότερα τα χαρακτηριστικά που απαιτούνται από τη διακήρυξη και φωτογραφίζουν υλικά της ωα άνω εταιρείας αφορούν α) το υλικό των τυμπάνων και τη διαμόρφωση των τυμπάνων, β) το υλικό του

καθετήρα και γ) τη διάσταση της βελόνας». Ειδικότερα η προσφεύγουσα αναφέρει σχετικά με το υλικό και τη διαμόρφωση του τυμπάνου ότι « το τύμπανο (ο κώδωνας) όπως αναφέρεται στη περιγραφή, θα πρέπει να είναι τιτανίου, γεγονός που σημαίνει τον αποκλεισμό της χρήσης τυμπάνου πλαστικού. Παροράται με τον τρόπο αυτό από την αναθέτουσα αρχή το πραγματικό γεγονός ότι το τύμπανο πλαστικού αποτελείται από υλικό νεότερης γενιάς και υπερέχει ως εκ τούτου του τυμπάνου από τιτάνιο. Ειδικότερα, η ανώτερη ποιοτικά κατασκευή του συγκεκριμένου τυμπάνου προστατεύει με ασφάλεια και διευκολύνει τον ασθενή κατά την πραγματοποίηση μαγνητικής τομογραφίας, ενώ παράλληλα δεν αντανακλά κατά την πραγματοποίηση αξονικής τομογραφίας (δεν αποκρύπτονται βιολογικά στοιχεία προκειμένου για την καλύτερη αξιολόγηση της νόσου και του ασθενή) και δεν συγκεντρώνει ακτινοβολία κατά την ακτινοθεραπεία, σε αντίθεση με την κατασκευή από τιτάνιο». Περαιτέρω, ως προς το υλικό του καθετήρα η προσφεύγουσα προβάλλει ότι «Τέλος, αναφορικά με τον καθετήρα πολυουρεθάνης, ο οποίος προβλέπεται ότι θα συμπληρώσει το σετ εμφυτεύσιμου κώδωνα, θα πρέπει να σημειωθεί ότι ελλείπει η απαίτηση για εμπειριστατωμένη μελέτη των ορίων και των προδιαγραφών σχετικά με τη χρήση του για κοινά σκευάσματα που χρησιμοποιούνται σε θεραπείες ασθενών που φέρουν συσκευές τυμπάνου, όπως είναι οι ταξάνες. Ως εκ τούτου τίθεται σε αμφιβολία η αξιοπιστία της χρήσης των ως άνω περιγραφόμενων συσκευών για μακρό χρονικό διάστημα σε συνδυασμό με τη χορήγηση των σχετικών φαρμάκων.» Και καταλήγει « Μάλιστα, το αντίστοιχο προϊόν της εταιρείας μας , όπως κάθε αξιόπιστο προϊόν , φέρει τις σχετικές εμπειριστατωμένες μελέτες που καταδεικνύουν την ασφάλεια χρήσης των υλικών μας για μακρύ χρονικό διάστημα σε συνδυασμό με την ευρεία χρήση των ταξανών, οι οποίες θα έπρεπε να απαιτούνται από την περιγραφή του σχετικού κωδικού της διακήρυξης». Τέλος, σχετικά με τη διάσταση της βελόνας η προσφεύγουσα προβάλλει ότι «το χαρακτηριστικό της διάστασης 22g που προβλέπεται για τη βελόνα non-coring ασφαλείας, καθίσταται εμφανές ότι περιορίζει τον ασθενή σε χαμηλή ροή διαλυμάτων αλλά και την έγχυση σκιαγραφικού μέσου σε μη υψηλές ταχύτητες (>5 ml/sec).

Περαιτέρω δε με τον παραπάνω περιορισμό αποκλείεται το προϊόν της δικής μας εταιρείας, όπως και οιασδήποτε άλλης με όμοιο προϊόν διαφορετικών διαστάσεων, οδηγώντας με τον τρόπο αυτό σε στρέβλωση του ανταγωνισμού. Μάλιστα, η αναθέτουσα αρχή θέτοντας τα ανωτέρω όρια διαστάσεων καθιστά εκτός συναγωνισμού το προϊόν της εταιρείας μας, το οποίο φέρει διάσταση 20 g, μέσω της οποίας προσφέρεται στον ασθενή η ευκαιρία να εκμεταλλευτεί τη χορήγηση σε υψηλές ταχύτητες (5 ml/sec) που αποφέρουν με τη σειρά τους καλύτερα αποτελέσματα (απεικονίσεις) κατά την εξέταση της αξονικής και μαγνητικής τομογραφίας.» Οι λόγοι όμως αυτοί, με τους οποίους η αιτούσα αμφισβητεί τους ως άνω όρους της διακήρυξης, επιχειρώντας να προδιαγράψει, κατά τις επαγγελματικές της ανάγκες, τις τεχνικές προδιαγραφές του υπό προμήθεια είδους, με κριτήρια διαφορετικά αυτών που η Διοίκηση, κατ' εκτίμηση των αναγκών της προσδιόρισε ως αναγκαία καθίστανται απορριπτέοι ενόψει των προαναφερθέντων στη σκέψη υπ' αριθμ.15 και ενόψει του ότι με αυτούς αμφισβητείται απαραδέκτως η ακυρωτικώς ανέλεγκτη σχετική τεχνική εκτίμηση της αναθέτουσας αρχής ως προς την σκοπιμότητα των θεσπιζομένων από αυτήν τεχνικών προδιαγραφών, η οποία έχει τη διακριτική ευχέρεια να διαμορφώνει τους όρους της διακήρυξης ως προς τα προμήθεια είδη, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους σύμφωνα με τις ανάγκες του Νοσοκομείου και σε συνδυασμό με τα αποτελέσματα χρήσης τους (ανθεκτικότερο υλικό, χωρίς επιπλοκές ή αλλεργικές αντιδράσεις, ικανοποιητικές ροές χωρίς να δημιουργεί προβλήματα στη ροή διαλυμάτων και στην έγχυση σκιαγραφικών υλικών) σε ασθενείς. Εξάλλου, είναι απορριπτέοι, προεχόντως, ως άνευ εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενοι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, δεδομένου ότι, μετά την άσκηση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα έλαβε μέρος στον επίδικο διαγωνισμό, χωρίς να διατυπώσει κατά την υποβολή της με αρ. 81445 προσφορά της οιαδήποτε επιφύλαξη ως προς τη νομιμότητα των όρων της διακήρυξης, δεδομένου ότι στην εν λόγω προφορά, η οποία αποσφραγίστηκε την 12-12-2017, και δη α) στην αναλυτική τεχνική προσφορά της συμπεριέλαβε την εξής δήλωση «Κύριοι, Σας γνωρίζουμε παρακάτω την τεχνική προσφορά της εταιρείας μας

.....Α.Ε, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης σας, τους οποίους πλήρως και ανεπιφύλακτα αποδεχόμαστε. Τα προσφερόμενα μας είδη πληρούν τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξη, περιλαμβάνονται στο Μητρώο του ΕΚΑΠΤΥ και φέρουν σήμανση CE. [...]. και β) στα υποβαλλόμενα από τους κατά το νόμο υπόχρεους Ευρωπαϊκά Ενιαία Έγγραφα Προμήθειας (ΕΕΕΠ) η προσφεύγουσα δήλωσε ότι ικανοποιεί όλα τα απαιτούμενα κριτήρια επιλογής. Υπό τα δεδομένα, όμως, αυτά, ενόψει της ανεπιφύλακτης αποδοχής των όρων της διακήρυξης κατά την υποβολή της προσφοράς της στον υπό κρίση διαγωνισμό, η προσφεύγουσα αποστερήθηκε του εννόμου συμφέροντος της να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της οικείας διακήρυξης και ως εκ τούτου προεχόντως οι προβαλλόμενοι λόγοι είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι. Δεν ασκεί δε καμία επιρροή ότι πριν από την ανεπιφύλακτη συμμετοχή της στο διαγωνισμό, η προσφεύγουσα είχε καταθέσει την προδικαστική προσφυγή (ΔΕφΑθ 545/2013, ΣτΕ 342/2009, ΣτΕ 881/2008, 63/2008, 452/2008, 1127/2007, 287/2003, 714/2003, 855/2003, 1040/2005). Η τυχόν δε μη συνυποβολή, της δήλωσης αυτής εκ μέρους της προσφεύγουσας, η οποία, άλλωστε, είχε αμφισβητήσει τη νομιμότητα ορισμένων όρων της διακήρυξης με την προδικαστική της προσφυγή, δεν θα επέτρεπε στη Διοίκηση να την αποκλείσει από το διαγωνισμό (πρβλ. ΕΑ 728/2006, 855/2003).

18. Επειδή κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

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

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε την 15η Δεκεμβρίου 2017 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Μιχαήλ. Χ. Οικονόμου

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μελπομένη Τσιαλαφούτα