

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 22^η Μαρτίου 2018 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αποκάρδου Πρόεδρος, Ιωάννα Θεμελή – Εισηγήτρια και Ευαγγελία Μιχολίτση, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 9-2-2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) – Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) / 138/12-2-2018 της προσφεύγουσας εταιρείας με την επωνυμία, «.....», με έδρα στον, οδός αριθ....., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ΓΕΝΙΚΟΥ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟΥ ΣΕΡΡΩΝ (εφεξής αναθέτουσα αρχή), που εδρεύει στις Σέρρες, 2^ο χλμ Σερρών-Δράμας, και εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητά:

--Να «ακυρωθεί η υπ' αρ. Δ02/1466/17.01.2018 Διακήρυξη της σύμβασης με τίτλο «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ «ΑΝΤΙΔΡΑΣΤΗΡΙΩΝ ΑΙΜΑΤΟΛΟΓΙΚΩΝ ΤΕΣΤ» ΜΕ ΣΥΝΟΔΟ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟ», κατά το μέρος που αντίκειται στο εθνικό και κοινοτικό δίκαιο» και τούτο, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην προσφυγή, δηλαδή να ακυρωθεί η τεχνική προδιαγραφή με αριθ. 4 στην σελ. 59 της διακήρυξης, καθώς και « να επαναδημοπρατηθεί ο προκείμενος διαγωνισμός με νόμιμο τρόπο, να ακυρωθεί άλλως να ανακληθεί κάθε συναφής πράξη ή παράλειψη, προγενέστερη ή μεταγενέστερη της αναθέτουσας αρχής, να απόσχει η αναθέτουσα αρχή από κάθε περαιτέρω συνέχιση των διαδικασιών του διαγωνισμού, ήτοι να μην προβεί στη διενέργεια αυτού στις 20.02.2018, πολλώ μάλλον στην κατακύρωση του αποτελέσματος αυτού », να κληθεί η προσφεύγουσα να παρασταθεί κατά την εξέταση της προσφυγής, και να της επιστραφεί το καταβληθέν παράβολο.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ιωάννα Θεμελή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1.Επειδή με την με αριθ. Δ02/2017 διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε Ανοικτός κάτω των Ορίων Διαγωνισμός για την προμήθεια «αντιδραστηρίων αιματολογικών τεστ» με συνοδό εξοπλισμό, (CPV): 33696200-7, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής, προϋπολογισθείσας δαπάνης 142.720,00 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%. Ειδικότερα σύμφωνα με το άρθ. 1.3 της διακήρυξης, η εν λόγω προμήθεια αποτελείται από 3 διακριτά τμήματα και δίνεται η δυνατότητα υποβολής προσφοράς για ένα ή περισσότερα ή όλα τα τμήματα αυτής, υποχρεωτικά για το σύνολο των ειδών από τα οποία αποτελείται κάθε τμήμα. Η εκτιμώμενη αξία της προμήθειας χωρίς ΦΠΑ για κάθε τμήμα της προμήθειας ανέρχεται στα ποσά των 43.685,48 ευρώ, 45.423,39 και 25.987,90, αντίστοιχα για τα τμήματα 1, 2, και 3 του διαγωνισμού.

2. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ύψους 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης, με κωδικό 189894153958 0410 0022, με την ένδειξη «δεσμευμένο», και αποδεικτικό πληρωμής του στην ΕΤΕ. Ειδικότερα η προσφυγή στρέφεται κατά προδιαγραφής που αφορά στα είδη του τμήματος 3 του διαγωνισμού εκτιμώμενης αξίας 25.987,90 και συνεπώς έχει καταβληθεί το ελάχιστο κατά νόμο ποσόν παραβόλου.

3. Επειδή η διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με Α.Δ.Α.Μ. 18PROC002559044/18-1-2018, καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, όπου έλαβε συστημικό αριθμό 51044, 52039 και 52047, αντίστοιχα για τα τμήματα 1, 2 και 3 του διαγωνισμού.

4. Επειδή η προσφυγή έχει ασκηθεί νόμιμα και εμπρόθεσμα την 12-2-2018, με κατάθεση μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου και κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ i) από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου αυθημερόν, και ii) από την αναθέτουσα αρχή, με το με αριθ. 3018/12-2-2018 έγγραφό της, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις

Αριθμός απόφασης : 271/2018

παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

5. Επειδή, ο διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης, και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθ. 345 του ν. 4412/2016, και επομένως νόμιμα και παραδεκτά έχει ασκηθεί η υπό εξέταση προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ.

6. Επειδή προσφυγή εισήχθη 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, και σύμφωνα με την με αριθ. 184/2018 πράξη της Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου.

7. Επειδή την 13-2-2018 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη στο άρθρο 9 παρ. 1 α κοινοποίηση του ΠΔ 39/2017 της υπό εξέταση προσφυγής με ανάρτηση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού.

8. Επειδή την 22-2-2018 η αναθέτουσα αρχή με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις με αριθ. Πρωτ. 3523/22-2-2018 απόψεις της επί της προσφυγής σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθ. 365 παρ. 1 υποπαρ. β του Ν. 4412/2016 και 9 παρ. 2 περ. β του ΠΔ 39/2017. Και περαιτέρω, σε απάντηση του με αριθ. Πρωτ. 649/19-3-2018 εγγράφου της ΑΕΠΠ περί παροχής διευκρινήσεων επί των απόψεών της, η αναθέτουσα αρχή ι) απέστειλε την 21-3-2018 με ηλεκτρονικό μήνυμα, το με αριθ. πρωτ. 5019/21-3-208 1-2-2018 έγγραφό της, και ιι) κοινοποίησε περαιτέρω απόψεις της την 22-3-2018 μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθ. 12 παρ. 3 ΠΔ 39/2017.

9. Επειδή, κατ' αρχήν, και υπό την αίρεση εξέτασης των προβαλλόμενων λόγων της υπό εξέταση προσφυγής, η προσφεύγουσα έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής, καθόσον δραστηριοποιείται στον οικείο επιχειρηματικό χώρο προμήθειας αιματολογικών αντιδραστηρίων, στρέφεται κατά όρου της διακήρυξης που αφορά σε τεχνική προδιαγραφή των προς προμήθεια αντιδραστηρίων του τμήματος 3 της διακήρυξης, ο οποίος όρος κατά τους ισχυρισμούς της αντιβαίνει στην νομιμότητα, παραβιάζει την αρχή της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας και οδηγεί σε άμεση και έμμεση νόθευση του ανταγωνισμού, αποκλείοντας παρανόμως την συμμετοχή της στον διαγωνισμό.

Αριθμός απόφασης : 271/2018

10. Επειδή στο άρθρο 367 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι : «1. Η ΑΕΠΠ αποφαίνεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της, η οποία εκδίδεται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία είκοσι (20) ημερών από την ημέρα εξέτασης της προσφυγής. 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια[...]. Επομένως, η υπό εξέταση προσφυγή ασκείται απαραδέκτως στο μέτρο που αιτείται «..να ανακληθεί η υπ' αριθ. Δ02/1466/17-1-2018 Διακήρυξη...», και «να επαναδημοπρατηθεί ο προκείμενος διαγωνισμός με νόμιμο τρόπο» και «να απόσχει η αναθέτουσα αρχή από κάθε περαιτέρω συνέχιση των διαδικασιών του διαγωνισμού...πολλώ μάλλον στην κατακύρωση του αποτελέσματος αυτού». Και τούτο ίδια επειδή σύμφωνα με την διάταξη του άρθρου 367 παρ. 2 ν. 4412/2016, και του άρθρου 18 παρ. 4 του ΠΔ 39/2017 επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης –όπως εν προκειμένω διώκεται- η ΑΕΠΠ ακυρώνει την πράξη, ενώ σε κάθε περίπτωση εκφεύγει της κανονιστικής αρμοδιότητας της ΑΕΠΠ να διατάξει την ανάκληση αυτή καθ' εαυτή της πλησσομένης πράξης ή/και επαναδημοπράτηση της προμήθειας ή/και την διενέργεια συγκεκριμένων πράξεων ή παραλείψεων από πλευράς της αναθέτουσας αρχής. Και περαιτέρω η υπό εξέταση προσφυγή ασκείται απαραδέκτως στο μέτρο που αιτείται να κληθεί η προσφεύγουσα να παρασταθεί κατά την εξέταση της προσφυγής. Και τούτο ίδια επειδή i) δεν προβλέπεται στην κείμενη νομοθεσία η κατ' αντιμωλία διεξαγωγή της εξέτασης της προσφυγής και εξ άλλου ii) επειδή σύμφωνα με τη νομολογία, αυτή καθ' εαυτή η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής εκ μέρους των θιγομένων προσώπων ικανοποιεί το δικαίωμα ακρόασής τους λόγω της ανάγκης ταχείας περατώσεως των διαφορών εκ διοικητικών συμβάσεων (βλ. ΣτΕ ΕΑ 620/2011, ΣτΕ Ασφ 554/08, ΣτΕ 2381/2009, ΔΕΦΠΑτρ. 29/2016). Επομένως, εφόσον η προσφεύγουσα είχε τη δυνατότητα να εκθέσει τις απόψεις της ενώπιον της ΑΕΠΠ με την υπό κρίση προσφυγή της, και δεν δικαιούται όπως –πλέον τούτου- παρίσταται κατά την εξέταση της προσφυγής.

Αριθμός απόφασης : 271/2018

11. Επειδή, σε συνέχεια του συνόλου των ανωτέρω, και με την επιφύλαξη της σκέψης 10, παραδεκτώσ ασκήθηκε η προδικαστική προσφυγή, και νομίμως φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 1ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ.

12. Επειδή στον όρο 2.4.3 της διακήρυξης, με την τίτλο «Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής- Τεχνική Προσφορά», προβλέπεται ότι «γ) Τεχνική προσφορά η οποία θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο “Απαιτήσεις-Τεχνικές Προδιαγραφές” του Παραρτήματος ΙΙΙ της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται...» Και περαιτέρω, στον όρο 2.4.6, με τον τίτλο «Λόγοι απόρριψης προσφορών» προβλέπεται ότι «Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: ζ) η οποία παρουσιάζειαποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης. » Επίσης, στο Παράρτημα ΙΙΙ, σελ. 49-50 της διακήρυξης με τον τίτλο «Απαιτήσεις – Τεχνικές Προδιαγραφές» προβλέπεται ότι «Απαράβατος όρος του διαγωνισμού είναι οι τεχνικές προδιαγραφές όλων των αναλυτών και αντιδραστηρίων να καλύπτονται στο σύνολο τους (εκτός από αυτές που χαρακτηρίζονται ως επιθυμητές). Τα παρακάτω φύλλα συμμόρφωσης πρέπει να υποβληθούν επί ποινή απόρριψης με την τεχνική προσφορά, συμπληρωμένα σύμφωνα με τις παρακάτω επεξηγήσεις και οδηγίες τις οποίες ο υποψήφιος είναι υποχρεωμένος να ακολουθήσει: 1. Στη Στήλη «ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΗΣ», περιγράφονται αναλυτικά οι αντίστοιχοι τεχνικοί όροι, υποχρεώσεις για τα οποία θα πρέπει να δοθούν αντίστοιχες απαντήσεις. 2. Αν στη στήλη «ΑΠΑΙΤΗΣΗ» έχει συμπληρωθεί η λέξη «ΝΑΙ» σημαίνει ότι η αντίστοιχη προδιαγραφή είναι υποχρεωτική για τον υποψήφιο Ανάδοχο. Εάν συμπληρωθεί ένας αριθμός που σημαίνει υποχρεωτικό αριθμητικό μέγεθος της προδιαγραφής, απαιτείται συμμόρφωση προς αυτόν, θεωρούμενο ως απαράβατο όρο σύμφωνα με την παρούσα. Προσφορές που αποκλίνουν από απαράβατους όρους απορρίπτονται ως απαράδεκτες.» Και τέλος, στο Παράρτημα ΙΙΙ, της διακήρυξης με τον τίτλο «Τμήμα 3 ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ - ΦΥΛΛΟ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ ΑΥΤΟΜΑΤΩΝ ΑΝΑΛΥΤΩΝ ΟΛΙΚΟΥ ΑΙΜΑΤΟΣ ΕΡΓΑΣΤΗΡΙΩΝ ΚΕΝΤΡΩΝ ΥΓΕΙΑΣ (ΗΡΑΚΛΕΙΑΣ, ΝΕΑΣ ΖΙΧΝΗΣ, ΝΙΓΡΙΤΑΣ, ΜΑΥΡΟΘΑΛΑΣΣΑΣ, ΡΟΔΟΛΙΒΟΥΣ, ΡΟΔΟΠΟΛΗΣ,

Αριθμός απόφασης : 271/2018

ΣΙΔΗΡΟΚΑΣΤΡΟΥ, ΣΤΡΥΜΟΝΙΚΟΥ) (ΤΕΜΑΧΙΑ 8)» προβλέπεται (σελ. 59) «*Α/Α 4 ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΗΣ Το προσφερόμενο μηχάνημα να διαθέτει εξελιγμένο σύστημα δειγματοληψίας. Το σύστημα δειγματοληψίας που θα διαθέτει ο προσφερόμενος αναλυτής να είναι εξελιγμένο και να εξασφαλίζει την ακρίβεια και την ορθότητα της δειγματοληψίας για κάθε μονάδα μέτρησης του μηχανήματος. Αυτό να επιτυγχάνεται με σύστημα αποκοπής διαφορετικών ποσοτήτων αίματος για κάθε μονάδα (περιστροφική βαλβίδα), το οποίο δεν θα επηρεάζεται από τις μεταβολές της θερμοκρασίας. Να κατατεθεί ο τρόπος λειτουργίας του συστήματος. ΑΠΑΙΤΗΣΗ ΝΑΙ*»

13. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται ρητά κατά της παραπάνω τεχνικής προδιαγραφής της σελ. 59 της διακήρυξης, αναφέροντας ότι το αντικείμενο της επιχείρησής της είναι «*ΑΥΤΟΜΑΤΟΙ ΑΝΑΛΥΤΕΣ - ΔΙΑΓΝΩΣΤΙΚΑ ΑΝΤΙΔΡΑΣΤΗΡΙΑ ΚΑΙ ΙΔΙΩΤΙΚΑ ΔΙΑΓΝΩΣΤΙΚΑ ΕΡΓΑΣΤΗΡΙΑ*» (σελ. 6 της προσφυγής), και ότι «*ενόψει του ανωτέρω αντικείμενου δραστηριότητάς της, ... ενδιαφέρεται ευλόγως να συμμετέχει στον ως άνω διαγωνισμό ως προμηθευτής. Για τον λόγο αυτό, έχει προφανές, προσωπικό, ενεστώς, άμεσο και πραγματικό έννομο συμφέρον να προσβάλλει όρους της διακήρυξης μη νόμιμους και αντίθετους με το εθνικό και κοινοτικό δίκαιο*» (σελ. 7), και ότι «*προτίθεται να προσφέρει στον εν λόγω διαγωνισμό τον αυτόματο αιματολογικό αναλυτή*» (σελ. 13). Όμως – κατά την προσφυγή- ο παραπάνω όρος 4 του Τμήματος 3 της διακήρυξης που προβλέπει ότι το προσφερόμενο σύστημα πρέπει να διαθέτει εξελιγμένο σύστημα δειγματοληψίας που να διασφαλίζει την ακρίβεια και την ορθότητα της δειγματοληψίας με σύστημα αποκοπής διαφορετικών ποσοτήτων αίματος για κάθε μονάδα (περιστροφική βαλβίδα), προσκρούει στην αρχή της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας, της αντικειμενικότητας και αναλογικότητας και του υγιούς ανταγωνισμού επειδή : i) οι σύγχρονοι αιματολογικοί αναλυτές φέρουν διαφορετικές μεθοδολογίες μέτρησης και αναρρόφησης του δείγματος και δεν ενδιαφέρει το νοσοκομείο ο τρόπος με τον οποίο επιτυγχάνεται το επιδιωκόμενο αποτέλεσμα που ενδιαφέρει εν προκειμένω ήτοι η μέτρηση του αίματος και η αξιοπιστία του αποτελέσματος και ii) ότι πέραν την περιστροφικής βαλβίδας που ζητείται υπάρχουν πολλών ειδών αυτόματοι αιματολογικοί αναλυτές στην αγορά που διαθέτουν διάφορα

Αριθμός απόφασης : 271/2018

συστήματα αναρρόφησης αίματος και κατανομής των διανεμόμενων όγκων, όπως τα συστήματα με σύριγγες υψηλής ακριβείας των οποίων, η ακρίβεια και η επαναληψιμότητα των αποτελεσμάτων (που αποτελεί γνήσιο αντικειμενικό κριτήριο αξιολόγησης), είναι και υψηλότερη από αναλυτικά συστήματα που φέρουν περιστροφική βαλβίδα, iii) και ότι δεν υπάρχει κανένα τεχνικό εγχειρίδιο, επιστημονικό άρθρο ή σχετική βιβλιογραφία που να καταδεικνύει, πολλώ μάλλον να αποδεικνύει ότι ένα συγκεκριμένο σύστημα αναρρόφησης δείγματος (περιστροφικής βαλβίδας) υπερτερεί άλλων συστημάτων, και iv) ότι ο αιματολογικός αναλυτής που προτίθεται να προσφέρει δηλ. ο χρησιμοποιεί σύριγγες υψηλής ακριβείας που διασφαλίζουν την αναρρόφηση ορθής ποσότητας δείγματος, καθώς και την διανομή του στους θαλάμους μέτρησης χωρίς την παραμικρή μεταβολή του όγκου, αφού το εν λόγω σύστημα δεν μεταβάλλεται από τις εναλλαγές της θερμοκρασίας. Όμως, κατά την προσφεύγουσα, η πλησσύμενη τεχνική προδιαγραφή περί περιστροφικής βαλβίδας αποκλείει την δική της συμμετοχή καθώς και άλλων εταιρειών και ευνοεί την συμμετοχή συγκεκριμένων αναλυτών, δημιουργώντας μονοπωλιακή/ολιγοπωλιακή κατάσταση χωρίς να υφίσταται τεχνική υπεροχή ή θετική διαφοροποίηση, υπέρ των αναλυτών περιστροφικής βαλβίδας, χωρίς αποχρώντα λόγο, χωρίς εξυπηρέτηση λειτουργικού σκοπού, δημιουργεί μεθοδευμένο πλεονέκτημα με ασήμαντη χρηστική αξία και μηδενική λειτουργική αξία, ότι δεν αιτιολογείται επαρκώς η τεχνική προδιαγραφή 4, και ότι ο αναλυτής της είναι ήδη εγκαταστημένος και χρησιμοποιείται στα κέντρα υγείας που αναφέρονται στο Τμήμα 3 της διακήρυξης. Συνεπώς κατά την προσφεύγουσα η πλησσύμενη τεχνική προδιαγραφή 4 περί περιστροφικής βαλβίδας πρέπει να ακυρωθεί επειδή προσκρούει στον νόμο και ιδία στα άρθ. 18 παρ. 1, 53 παρ. 1 και 2, 54 παρ. 1, 2, 3, 4 του ν. 4412/2016 και στις αρχές της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας της αντικειμενικότητας και αναλογικότητας και του ελεύθερου ανταγωνισμού.

14. Επειδή στις απόψεις επί της προσφυγής η αναθέτουσα αρχή αναφέρει ότι « *Η εν λόγω Διακήρυξη αποτελεί επαναπροκήρυξη του Διαγωνισμού με αριθμό διακήρυξης 04/2015. Η εταιρεία είχε καταθέσει τις παρατηρήσεις της πάνω στις προδιαγραφές της διακήρυξης 04/2015, οι οποίες έγιναν αποδεκτές από την επιτροπή του διαγωνισμού. Ο συγκεκριμένος*

Αριθμός απόφασης : 271/2018

όρος παρά το γεγονός ότι ήταν μέρος της Διακήρυξης δεν είχε προσβληθεί στην προγενέστερη προσφυγή της εταιρείας. Η τεχνική προδιαγραφή με αριθμό 4 (σελ.59) αποτελεί την ελάχιστη απαίτηση του εργαστηρίου καθώς η εξασφάλιση της ακρίβειας και ορθότητας δειγματοληψίας αποτελεί ένα από τα πιο σημαντικά κριτήρια με γνώμονα την ασφάλεια των αποτελεσμάτων. Η επίτευξή τους μέσω συστήματος αποκοπής διαφορετικών ποσοτήτων αίματος για κάθε μονάδα αποτελεί την πιο συνηθισμένη και ασφαλή μέθοδο των κατασκευαστών αιματολογικών αναλυτών. Τέλος θα θέλαμε να επισημάνουμε ότι η συγκεκριμένη προδιαγραφή έχει αποφασιστεί έπειτα από ευρεία διαβούλευση που πραγματοποίησε το Νοσοκομείο μας. Ως εκ τούτου, λόγω των ανωτέρω, η προσφυγή της εταιρείας πρέπει να απορριφθεί.» Και περαιτέρω, στην απάντησή της στο έγγραφο της ΑΕΠΠ περί χορήγησης στοιχείων η αναθέτουσα αρχή αναφέρει ότι : «Αναφορικά με την συγκεκριμένη προδιαγραφή, θα θέλαμε να επισημάνουμε ότι όλοι οι αιματολογικοί αναλυτές που υπάρχουν στο Νοσοκομείο μας (..... της εταιρείας καιτης εταιρείας) διαθέτουν περιστροφική βαλβίδα (επισυνάπτονται στοιχεία), κατά συνέπεια η εμπειρία μας είναι εξαιρετικά θετική για την ακρίβεια και την ορθότητα της δειγματοληψίας και κατά συνέπεια των αποτελεσμάτων που παρέχουμε στους ασθενείς μας. Κάποιοι επιπλέον από τους αιματολογικούς αναλυτές που διατίθενται στην Ελληνική αγορά και διαθέτουν περιστροφική βαλβίδα είναι οι αναλυτές της εταιρείας (.....,.....,), της εταιρείας (.....) αλλά επίσης και της εταιρείας (.....,). Τέλος θα θέλαμε να αναφέρουμε ότι οι συγκεκριμένες προδιαγραφές (με την εν λόγω προδιαγραφή) δημοσιεύτηκαν στην προηγούμενη διακήρυξη του Νοσοκομείου μας που δεν πραγματοποιήθηκε λόγω ένστασης της συγκεκριμένης εταιρείας και δεν υπήρχε καμία απολύτως σχετική αναφορά.»

15. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 18 παρ. 1 του ν. 4412/2016 : «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 δημοσίου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης».

Αριθμός απόφασης : 271/2018

16. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 παρ. 2 του ν. 4412/2016 « 2. Τα έγγραφα της σύμβασηςπεριέχουν ιδίως :ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών....., τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας....., καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης».

17. Επειδή, σύμφωνα με το άρθ. 54 παρ. 1, 2, 3 και 4 του ν. 4412/2016: «1. Οι τεχνικές προδιαγραφέςπαρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών.....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, υπό την προϋπόθεση ότι οι παράμετροι είναι επαρκώς προσδιορισμένες ώστε να επιτρέπουν στους προσφέροντες να προσδιορίζουν το αντικείμενο της σύμβασης και στις αναθέτουσες αρχές να αναθέτουν τη σύμβαση, 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"».

18. 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

Αριθμός απόφασης : 271/2018

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...».

19. 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 απαράδεκτοι (βλ. ΕΑ ΣτΕ 307/2007).

20. 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.).

21. 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».

22. Επειδή σύμφωνα με το άρθρ. 362 παρ. 1 ν. 4412/2016 « Η προδικαστική προσφυγή περιέχει τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της». Και σύμφωνα με το άρθρ. 8 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 «Η προδικαστική προσφυγή περιέχει όλες ανεξάρτητα τις νομικές και

Αριθμός απόφασης : 271/2018

πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της (άρθρο 362 παρ. 1 εδ. γ' ν. 4412/2016)».

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

24. Επειδή σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής του από την αναθέτουσα αρχή, το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής ως και από τον δικαστή (βλ. ΣΤΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κα). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣΤΕ 928/2004) υπό την έννοια ότι δεν δύναται το αρμόδιο όργανο να συμπληρώσει τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος καθόσον το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει ο τελευταίος (ΣΤΕ 4524/2009, 3900/2006) και μόνο προαποδεικτικώς (ΣΤΕ 1898/2016, 7μελές), 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.

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

Αριθμός απόφασης : 271/2018

διαδικασία εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής το έννομο συμφέρον θα πρέπει να προαποδεικνύεται με την άσκησή της.

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

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

28. 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).

29. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους.

30. Επειδή κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από την νομολογία, η Διοίκηση είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την ευρεία

Αριθμός απόφασης : 271/2018

διακριτική ευχέρεια και κρίση της τους όρους της διακηρύξεως ως προς τις τεχνικές προδιαγραφές των προς προμήθεια ειδών, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη. Η θέσπιση με τη διακήρυξη των προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες, για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή σε αυτόν των προμηθευτών, των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων. Επιπλέον έχει παγίως κριθεί ότι η σκοπιμότητα ή η ανάγκη θέσπισης της πλησσόμενης προδιαγραφής, απαραδέκτως αμφισβητούνται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό, και επίσης ότι απαραδέκτως η αιτούσα αμφισβητεί τη σκοπιμότητα της επιλογής από την αναθέτουσα αρχή του πλησσόμενου όρου και προσπαθεί να καθορίσει και να προδιαγράψει αυτή τα τεχνικά χαρακτηριστικά του προς προμήθεια είδους, με βάση της δικές της επαγγελματικές ανάγκες και δυνατότητες, και με δικά της κριτήρια διαφορετικά από εκείνα που η ως άνω αρχή, κατ' εκτίμηση των αναγκών της υπηρεσίας, προσδιόρισε ως αναγκαία (ΣΤΕ 3719/2011, 2/2011, 287/2010 Ε.Α. ΣΤΕ 201/2017, 354/2014, 1025, 1140/2010, 676/2011, 1354, 1305, 670/2009, 438/2008, 303/2007, 977/2006, ΔΕΦΑΘ 491/2011, ΔΕΦΘεσ/νίκης 111/2013, ΔΕΦΑΘ 226/2013, Ε.Α. ΣΤΕ 133/2012, 670/2009, 438/2008, 117/2007, 1208, 1076, 977/2006, 763, 373, 356/2004). Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από της απόψεως της τηρήσεως της τήρησης του εγχώριου κι ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣΤΕ 9/2015 (ΑΣΦ), Ε.Α. 415/2014, 354/2014, 257/2010, Ε.Α. 3719/2011, 676, 214/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 303/20).

31. 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

Αριθμός απόφασης : 271/2018

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).

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 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, 2η έκδοση, παρ. 133 σελ.96-97).

33. 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).

34. Επειδή η προσφεύγουσα ρητώς αναφέρει ότι προτίθεται να προσφέρει τον συγκεκριμένο αιματολογικό αναλυτή, ο οποίος χρησιμοποιεί σύριγγες ακριβείας και ισχυρίζεται, ότι αναλυτές τέτοιου τύπου επιτυγχάνουν εναλλακτικώς και καλύτερα ακόμη αποτελέσματα από τους αναλυτές περιστροφικής βαλβίδας που προβλέπει η επίμαχη τεχνική προδιαγραφή της διακήρυξης. Με την επίμαχη όμως τεχνική προδιαγραφή αποκλείεται η συμμετοχή της στον διαγωνισμό με το συγκεκριμένο μηχάνημα το οποίο δηλώνει ότι προτίθεται να προσφέρει. Ωστόσο όμως, δεν επικαλείται και δεν αποδεικνύει ότι δεν δύναται να συμμετάσχει στο

Αριθμός απόφασης : 271/2018

διαγωνισμό προσφέροντας αναλυτή που να καλύπτει τις επίμαχες προδιαγραφές, ούτε προκύπτει ότι θίγονται τα επαγγελματικά και οικονομικά του συμφέροντα. Ειδικότερα, στον επίσημο ιστότοπό της (.....), η προσφεύγουσα ρητά αναφέρει ότι δραστηριοποιείται στην «*Εισαγωγή και διανομή αυτόματων αναλυτικών συστημάτων γνωστών διεθνών οίκων όπως κα.*», και σε χωριστή σελίδα παρουσιάζει ειδικά τους αιματολογικούς αναλυτές των εταιρειών (ΗΠΑ),..... (ΗΠΑ), και την σειρά αναλυτών Ο συγκεκριμένος αιματολογικός αναλυτής που κατά δήλωσή της προτίθεται να προσφέρει στον διαγωνισμό κατασκευάζεται από την εταιρεία Ουγγαρίας καθώς αναφέρεται στον επίσημο ιστότοπο αυτής (.....). Εξ άλλου, σύμφωνα με την από 2-10-2017 εμπορική ανακοίνωση της προσφεύγουσας στον οικονομικό τύπο (.....) με την εταιρεία, συνήψε νέα συμφωνία με την εταιρεία Και ειδικότερα κατά την ανακοίνωση «*Η νέα αυτή συμφωνία συνεργασίας θα καλύπτει τους τομείς Διαγνωστικών Αιματολογικού, Βιοχημικού και Ανοσολογικού. Περιλαμβάνει εξοπλισμό, διαγνωστικά αντιδραστήρια, αναλώσιμα και τεχνική υποστήριξη. Η προσφέρει σήμερα έναν πλήρη κατάλογο διαγνωστικών εξετάσεων και εξαιρετικής ποιότητας προϊόντα που ξεπερνούν τις 250 παραμέτρους -που καλύπτουν αυτόν τον απαιτητικό τομέα της υγείας. Η αξιοσημείωτη εμπειρία και η θέση της στην αγορά, σε συνδυασμό με το εύρος και τις δυνατότητες αυτής της πλήρους σειράς προϊόντων της Εταιρείας..... παρουσιάζουν εξαιρετική προοπτική και για τα δύο μέρη.*» Συνεπώς είναι σαφές ότι η προσφεύγουσα εμπορεύεται και την πλήρη σειρά του αιματολογικού εξοπλισμού και των διαγνωστικών αντιδραστηρίων της εταιρείας Η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της (σκέψη 14) αναφέρει ότι ήδη χρησιμοποιεί –μεταξύ άλλων και- αναλυτές περιστροφικής βαλβίδας της εταιρείας και μάλιστα ρητά το μοντέλο Συνεπώς δεν υφίσταται σαφής επίκληση σχετικών λόγων ούτε προκύπτει ότι εξ αιτίας της πλησόμενης τεχνικής προδιαγραφής που απαιτεί αναλυτή περιστροφικής βαλβίδας, ούτε ότι πλήσσονται τα οικονομικά συμφέροντα ούτε ότι προκαλείται εις βάρος της προσφεύγουσας βλάβη κατά την έννοια του νόμου, δεν προκύπτει δηλαδή ότι η προσφεύγουσα αποκλείεται ή ότι καθίσταται εξαιρετικά δυσχερής η συμμετοχή της στον επίμαχο διαγωνισμό.

Αριθμός απόφασης : 271/2018

Και τούτο επειδή ούτε προκύπτει ως άνω αλλά ούτε και η προσφεύγουσα ισχυρίζεται καν ότι κανένας από τους αναλυτές τους οποίους εμπορεύεται δεν καλύπτει την επίμαχη τεχνική προδιαγραφή, ενώ αντίθετα προκύπτει ότι τουλάχιστον ένας τύπος προϊόντων τα οποία η ίδια –κατά την εμπορική της ανακοίνωση- διαθέτει στην αγορά και ίδια τα προϊόντα της εταιρείας διαθέτουν την επίμαχη προδιαγραφή. Συνεπώς, η προσφεύγουσα δεν θεμελιώνει προσωπικό, άμεσο και ενεστώς έννομο συμφέρον και επομένως είναι απαράδεκτη η υπό εξέταση προσφυγή.

35. Επειδή επί πλέον, ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι η επίμαχη τεχνική προδιαγραφή δεν προσφέρει τεχνική υπεροχή και πλεονέκτημα ενώ αντίθετα ο αναλυτής που ίδια προτίθεται να προσφέρει παρουσιάζει υψηλότερης ακρίβειας και επαναληψιμότητας αποτελέσματα, προβάλλονται απαραδέκτως ως αόριστοι και αναπόδεικτοι. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα δεν επικαλείται ουδέ παραθέτει στην προσφυγή συγκεκριμένα στοιχεία, όπως λ.χ. έρευνες, μελέτες, επιστημονικά ή/και τεχνικά εν γένει δεδομένα και τεκμηρίωση, ή συγκριτικές μελέτες που να στηρίζουν τους ανωτέρω ισχυρισμούς της, αλλά, αρκείται σε αόριστες και μάλιστα αρνητικές αναφορές ότι δεν προκύπτει από την διεθνή βιβλιογραφία ότι οι αναλυτές περιστροφικής βαλβίδας υπερτερούν –γενικώς και αορίστως- άλλων συστημάτων. Επίσης η προσφεύγουσα δεν επικαλείται ούτε παραθέτει στην προσφυγή συγκεκριμένα στοιχεία ή παραστατικά σχετικά με τον ισχυρισμό της ότι ο συγκεκριμένος αναλυτής που προτίθεται να προσφέρει στον διαγωνισμό χρησιμοποιείται ήδη από την αναθέτουσα αρχή, ενώ συγχρόνως η αναθέτουσα αρχή δεν αναφέρει τον συγκεκριμένο αναλυτή μεταξύ εκείνων που η ίδια χρησιμοποιεί (σκέψη 14). Συνεπώς οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι αόριστοι και απαράδεκτοι καθόσον με αυτόν τον τρόπο η προσφεύγουσα προσπαθεί να καθορίσει τα τεχνικά χαρακτηριστικά του προς προμήθεια προϊόντος, με βάση της δικές της επαγγελματικές ανάγκες επιλογές και προτιμήσεις και με δικά της εμπορικά και επιχειρηματικά κριτήρια διαφορετικά από εκείνα που η αναθέτουσα αρχή, κατ' εκτίμηση των αναγκών της, προσδιόρισε ως αναγκαία (βλ. ΔΕΦΑΘ 226/2013, 296/2013). Έχει σχετικά κριθεί ότι λόγοι αίτησης, με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό τη μορφή της αμφισβήτησης της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης, να

Αριθμός απόφασης : 271/2018

προδιαγράψει αυτός, κατά τις επαγγελματικές του ανάγκες και δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (πρβλ. Ε.Α. 1025/2010, 670/2009, 438/2008, 977/2006 κ.ά.). Εξάλλου, , με τις ως άνω αιτιάσεις η προσφεύγουσα απαράδεκτως υπεισέρχεται σε λόγους σκοπιμότητας της αναθέτουσας αρχής κατά την διαμόρφωση της υπό εξέταση προδιαγραφής.

38. Επειδή, περαιτέρω, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί παραβίασης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της ελευθερίας του ανταγωνισμού ώστε να καθίσταται αδύνατη η συμμετοχή στον επίδικο ανταγωνισμό της ίδιας με το συγκεκριμένο προϊόν που προτίθεται να προσφέρει, αλλά και άλλων εταιριών που δραστηριοποιούνται στο χώρο τυγχάνει επίσης αόριστος και απαράδεκτος, διότι, καταρχήν, η συμπερίληψη στη διακήρυξη προδιαγραφών αναγκαίων κατά την αιτιολογημένη 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, ούτε δημιουργούν συνθήκες μονοπωλίου/ολιγοπωλίου, δεδομένου ότι από την φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων (πρβ. ΕΑ 1047, 303/2007).

39. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

40. Επειδή κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτως και αορίστως ασκηθείσα χωρίς έννομο συμφέρον.

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

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Αριθμός απόφασης : 271/2018

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 22-3-2018 και εκδόθηκε την 10-4-2018 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Ειρήνη Ε. Αψοκάρδου

Βασιλική Μπάκου