

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 27^η Απριλίου 2018 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αποκάρδου Πρόεδρος, Ιωάννα Θεμελή – Εισηγήτρια και Ευαγγελία Μιχολίτση, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 22-3-2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 278/22-3-2018 της προσφεύγουσας εταιρείας με την επωνυμία, με έδρα στο, οδός αριθ....., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του Γενικού Νοσοκομείου Πατρών (εφεξής αναθέτουσα αρχή), που εδρεύει στην Πάτρα, οδός Καλαβρύτων αριθ. 37, και εκπροσωπείται νόμιμα,

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθεί η με αριθ. 2/2017 Διακήρυξη Δημόσιου Ανοικτού Διαγωνισμού για την προμήθεια ενός ακτινοσκοπικού Μηχανήματος C-ARM, άλλως να ακυρωθούν οι τεχνικές προδιαγραφές με αριθ. 6 και 10 της διακήρυξης, και να διαταχθεί η επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ιωάννα Θεμελή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. 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 με κωδικό 197208538958 0518 0034, αποδεικτικό ηλεκτρονικής πληρωμής στην CITIBANK της 21-3-2018, αυθημερόν ηλεκτρονικό μήνυμα από την διεύθυνση της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών (ggps.gr) ότι η πληρωμή του ως άνω παραβόλου με τον ως άνω κωδικό ολοκληρώθηκε επιτυχώς, και αυθημερόν εκτύπωση από την σελίδα

Αριθμός απόφασης: 388/2018

της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο» .

2. Επειδή με την με αριθ. 2/2017 διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε Ηλεκτρονικός Ανοικτός Διαγωνισμός για την προμήθεια ενός ακτινοσκοπικού μηχανήματος C-ARM (CPV 33141620-2), προϋπολογιζόμενης δαπάνης 68.548,387 χωρίς ΦΠΑ και 85.000 ευρώ περιλαμβανομένου ΦΠΑ, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει της τιμής (χαμηλότερη τιμή).

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε την 2-3-2018 στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με Α.Δ.Α.Μ. 18PROC002742542, καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, όπου έλαβε συστημικό αριθμό 54596.

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

5. Επειδή η προσφυγή έχει ασκηθεί νόμιμα και εμπρόθεσμα, με ανάρτηση την 22-3-2018 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι α) η προσβαλλόμενη διακήρυξη καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 2-3-2018 και β) η κρινόμενη προσφυγή ασκήθηκε με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου και κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου την 22-3-2018, 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 την 23-3-2018 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.

7. Επειδή, την 29-3-2018 η αναθέτουσα αρχή, με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, απέστειλε στην ΑΕΠΠ το με αριθ. 11305/29-3-2018 διαβιβαστικό έγγραφό της με συνημμένο τον «*φάκελο ηλεκτρονικού διαγωνισμού αριθ. διακ. 2/2017*» με τον οποίο κοινοποίησε -μεταξύ άλλων- και

Αριθμός απόφασης: 388/2018

τις με αριθ. πρωτ. 10980/27-3-2018 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 αιτήματος της ΑΕΠΠ περί παροχής διευκρινήσεων επί των απόψεών της, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε συμπληρωματικές απόψεις με το υπ' αριθ. 13701/20-4-2018 έγγραφο της 17-4-2018, σύμφωνα με το άρθ. 12 παρ. 3 ΠΔ 39/2017.

8. Επειδή η προσφεύγουσα δεν κατέθεσε προσφορά στον επίδικο διαγωνισμό κατά την 28-3-2018 που ήταν η καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών σύμφωνα με τον όρο 5 της διακήρυξης.

9. Επειδή, έχει κριθεί ότι τα κράτη μέλη δεν επιτρέπεται να εξαρτούν την ενεργητική νομιμοποίηση για την άσκηση προσφυγής κατά την προκήρυξης διαγωνισμού από προγενέστερη συμμετοχή στην διαγωνιστική διαδικασία, καθότι αυτό θα ερχόταν σε αντίθεση με τα άρθρ. 1, παρ.3 και 2 παρ. ιβ της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ, αλλά και την αρχή της αναλογικότητας ΔΕΚ C-230/02, 12.02.04 *Grossmann*, Συλλ. 2004, σκέψη 29 και 30, C 26/03 *StadtHalle*).

10 . Επειδή την 2-4-2018 εισήχθη προς κρίση το αίτημα αναστολής το οποίο η προσφεύγουσα είχε ενσωματώσει στην εξεταζόμενη προσφυγή της βάσει των με αριθ. 353/2018 και 352/2018 αντίστοιχα Πράξεων της Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου περί κλήσης της αναθέτουσας αρχής να καταθέσει τις απόψεις της επί αυτού, και περί ορισμού εισηγητή και ημερομηνίας εξέτασης της προσφυγής, και εξεδόθη η με αριθ. Α162/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ με την οποία έγινε δεκτό το αίτημα της προσφεύγουσας περί αναστολής του διαγωνισμού μέχρι την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προσφυγής.

11 . Επειδή κατόπιν των ανωτέρω, προσφυγή νομίμως φέρεται προς συζήτηση 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.

12 . Επειδή στο Παράρτημα Β της διακήρυξης με τον τίτλο «ΠΟΣΟΤΙΚΕΣ ΚΑΙ ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΤΩΝ ΕΙΔΩΝ», στον Πίνακα 2 με τον τίτλο « Πίνακας ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ-ΦΥΛΛΟ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ» στις τεχνικές προδιαγραφές με αριθ. 6 και 10 απαιτείται αντίστοιχα « 6. Οι αποδόσεις της γεννήτριας να είναι 110kV, 25mA τουλάχιστον», και «..Να επιτυγχάνεται συνεχής ακτινοσκόπηση 40 λεπτών τουλάχιστο για την κάλυψη όλων των αναγκών του τμήματος...». Εν συνεχεία,

Αριθμός απόφασης: 388/2018

στο ίδιο ως άνω Παράρτημα της διακήρυξης, στην παράγραφο με τον τίτλο «Προδιαγραφές-Πίνακας Συμμόρφωσης» προβλέπεται ότι « Στη Στήλη «ΧΑΡΑΚΤΗΡΙΣΤΙΚΑ», περιγράφονται αναλυτικά οι αντίστοιχοι τεχνικοί όροι, υποχρεώσεις ή επεξηγήσεις για τα οποία θα πρέπει να δοθούν αντίστοιχες απαντήσεις. Αν στην στήλη «ΑΠΑΙΤΗΣΗ» έχει συμπληρωθεί η λέξη «ΝΑΙ» τότε η αντίστοιχη προδιαγραφή είναι υποχρεωτική για τον υποψήφιο Ανάδοχο, θεωρούμενη ως απαράβατος όρος σύμφωνα με την παρούσα Διακήρυξη. Προσφορές που δεν καλύπτουν πλήρως απαράβατους όρους απορρίπτονται ως απαράδεκτες.»

13 . Επειδή, εν προκειμένω, με τον λόγο 1 της προσφυγής, η προσφεύγουσα διατείνεται ότι αποκλείεται του διαγωνισμού, με βάση την παραπάνω τεχνική προδιαγραφή με αριθ. 6 το συγκεκριμένο προϊόν της το οποίο θέλει να προσφέρει. Περαιτέρω στον λόγο 2 η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι αποκλείεται του διαγωνισμού, λόγω της τεχνικής προδιαγραφής με αριθ. 10 τόσο το παραπάνω προϊόν της όσο και γενικά η ίδια, και στο κεφάλαιο Γ της προσφυγής της περιλαμβάνει και έναν γενικότερο ισχυρισμό ότι οι τεχνικές προδιαγραφές των μηχανημάτων της εν γένει «φαίνεται ότι δεν καλύπτουν τις τεχνικές προδιαγραφές που έχουν τεθεί στη συγκεκριμένη διακήρυξη». Συνεπώς, πρέπει να εξεταστεί η θεμελίωση του εννόμου συμφέροντός της τόσο για το σύνολο της προσφυγής όσο και για έκαστο λόγο αυτής. Κατ' αρχήν, σε κάθε περίπτωση, όπως έχει παγίως κριθεί, ο αιτών που δεν έλαβε μέρος στον διαγωνισμό και υποστηρίζει ότι την εκ μέρους του υποβολή προσφοράς αποκλείουν οι προβαλλόμενες πλημμέλειες της διακήρυξη, διατηρεί το έννομο συμφέρον του –όπως εκ προκειμένω η προσφεύγουσα- (ΕΑ 1354/2009, 63/2008, 282/2007, 474, 857/2005, 532/2004 424/2001, Αρναούτογλου Φ., *Η αίτηση των ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010*, Νομική Βιβλιοθήκη, Β' έκδ. 2013, σελ. 98).

14 . Επειδή, σύμφωνα με την προηγούμενη σκέψη, κατ' αρχήν, η προσφεύγουσα έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής, δεδομένου ότι στρέφεται κατά όρων της διακήρυξης που αφορούν τεχνικές προδιαγραφές του προς προμήθεια ακτινοσκοπικού μηχανήματος, αλλά και ότι οι τεχνικές προδιαγραφές των μηχανημάτων της εν γένει δεν καλύπτουν τις επίμαχες τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης, παρόλο που δεν υπέβαλε προσφορά με επιφύλαξη.

15 . Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται οι επίμαχες τεχνικές προδιαγραφές προσκρούουν στις διατάξεις των άρθ. 54 και 18 του ν. 4412/2016 και των άρθ. 4.1, 5.1 της με αριθ. ΔΥ7/οικ.2480/ 19.8.1994 κοινή απόφαση των Υπουργών Εθνικής Οικονομίας, Υγείας, Πρόνοιας και Κοινωνικών Ασφαλίσεων και Βιομηχανίας, Ενέργειας και Τεχνολογίας «Εναρμόνιση της Ελληνικής Νομοθεσίας προς την Οδηγία 93/42/ΕΟΚ/14.6.93 του Συμβουλίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης που αφορά στα Ιατροτεχνολογικά Προϊόντα», και στην αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού. Συγκεκριμένα με τον λόγο 1 η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι κατά παράβαση των ανωτέρω διατάξεων αποκλείεται του διαγωνισμού το συγκεκριμένο «μοντέλο που θέλει να προσφέρει η εταιρεία μας .. Το μοντέλο αυτό διαθέτει γεννήτρια με απόδοση γεννήτριας 110kV, **20 mA** και όχι **25 mA** όπως απαιτείται από τη διακήρυξη.... Η διαφορά των 5mA δεν επηρεάζει την κλινική απόδοση του συστήματος, καθώς κάθε χαρακτηριστικό θα πρέπει να αξιολογείται σε συνδυασμό με τα υπόλοιπα χαρακτηριστικά του συστήματος, όπως το DQE του ενισχυτή εικόνας, καθώς όσο μεγαλύτερο είναι το DQE τόσο λιγότερα mA απαιτούνται με αποτέλεσμα να μη περιορίζονται οι κλινικές εφαρμογές του συστήματος από τα λιγότερα mA. Η αριθμητική τιμή 25 mA είναι αυθαίρετη και δεν στηρίζεται σε διεθνή πρότυπα ή σε τεχνικά συστήματα αναφοράς που έχουν θεσπιστεί από ευρωπαϊκούς οργανισμούς τυποποίησης. Επιπλέον η αναθέτουσα αρχή δεν δικαιολογεί γιατί θέτει αυτή την υψηλή αριθμητική τιμή στη συγκεκριμένη προδιαγραφή και τι σκοπό εξυπηρετεί. Με την αριθμητική τιμή 25 mA που έχει τεθεί στην προδιαγραφή περιορίζεται σημαντικά ο αριθμός, των ούτως ή άλλως λίγων, κατασκευαστικών οίκων (και προϊόντων) που μπορούν να καλύψουν την συγκεκριμένη προδιαγραφή,... Τέλος η συγκεκριμένη προδιαγραφή εμποδίζει την κυκλοφορία του προϊόντος μας (μοντέλο) που φέρει σήμανση CE, παρεμβάλλονται εμπόδια που φτάνουν μέχρι τον αποκλεισμό του....» Με τον λόγο 2 της προσφυγής η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι «...Τα προσφερόμενα – διαθέσιμα συστήματα από την εταιρεία μας στην κατηγορία αυτή δεν δύνανται να καλύψουν την απαίτηση συνεχούς ακτινοσκόπησης, για τουλάχιστον 40 λεπτά που ζητάει η προδιαγραφή, **αλλά 40 δευτερόλεπτα**. ...Η απαίτηση αυτή, δεν έχει κλινική-πρακτική σημασία ούτε εισφέρει κάποιο πλεονέκτημα σε εξέταση με ένα

Αριθμός απόφασης: 388/2018

σύστημα το οποίο προορίζεται μάλιστα για ορθοπεδική χρήση, καθώς συνεχής ακτινοβολία εξεταζομένου με στοιχεία 110 kV/8 mA για 40 ολόκληρα λεπτά δεν είναι δυνατόν να λάβει χώρα.... Θεωρούμε ότι η απαίτηση συνεχούς λειτουργίας ακτινοσκόπησης, υψηλής ποιότητας για τουλάχιστον 40 λεπτά, έχει πιθανώς τεθεί εκ παραδρομής... ενδεχομένως δεν καλύπτεται και από καμία ανταγωνίστρια εταιρεία με αποτέλεσμα να κινδυνεύει ο διαγωνισμός να προβεί άγονος.... αυτή η τεχνική προδιαγραφή είναι αυθαίρετη... η απαίτηση αυτή είναι υπέρτερη αυτής που περιγράφεται στη σήμανση CE MARK του προϊόντος μας...» Περαιτέρω στο Κεφάλαιο Γ της προσφυγής η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι «Η εταιρεία μας εμπορεύεται στην Ελλάδα τα ιατρικά μηχανήματα του εδρεύοντος στις κατασκευαστικού οίκου (μέλος του ομίλου). Τα προϊόντα του κατασκευαστικού οίκου, μεταξύ των οποίων και το υπό προμήθεια είδος, εδώ και δεκαετίες έχουν εγκατασταθεί και χρησιμοποιούνται στα μεγαλύτερα νοσοκομεία όλου του κόσμου.... Οι τεχνικές προδιαγραφές των μηχανημάτων είναι σύμφωνες με τις σύγχρονες τεχνολογικές απαιτήσεις όλων των νοσοκομείων του κόσμου και επιλέγονται κατά τέτοιο τρόπο ώστε να υπερκαλύπτουν όλες τις απαιτήσεις που καθορίζονται από μακροχρόνιες επιστημονικές έρευνες της ιατρικής κοινότητας. Αυτές οι τεχνικές προδιαγραφές που καλύπτουν τις ανάγκες των μεγαλύτερων νοσοκομείων του κόσμου και προέρχονται από μακροχρόνιες έρευνες αναγνωρισμένων επιστημόνων, φαίνεται ότι δεν καλύπτουν τις τεχνικές προδιαγραφές που έχουν τεθεί στη συγκεκριμένη διακήρυξη. Η αναθέτουσα αρχή, αδιαφορώντας για τα διεθνή πρότυπα, τη σήμανση CE κλπ επέλεξε αυθαίρετες αριθμητικές τιμές, οι οποίες ενδεχομένως καλύπτονται από άλλα προϊόντα άλλων κατασκευαστικών οίκων, αλλά τα μεγαλύτερα νοσοκομεία όλου του κόσμου δεν τις θεωρούν ως αναγκαίες και κρίσιμες και έχουν επιλέξει το ιατρικό προϊόν μας, το οποίο διεθνώς θεωρείται το πιο εξελιγμένο τεχνολογικά της αγοράς...»

16 . Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της αναφέρει επί του άνω λόγου της προσφυγής ότι : « Όσον αφορά στην τεχνική προδιαγραφή Νο. 6 της διακήρυξης «Οι αποδόσεις της γεννήτριας να είναι 110 KV, 25 mA, τουλάχιστον», η Επιτροπή ομόφωνα θεωρεί ότι πρέπει να παραμείνει η προδιαγραφή ως έχει στην προκήρυξη, δηλαδή, «οι αποδόσεις της γεννήτριας

Αριθμός απόφασης: 388/2018

να είναι 110 kv, 25mA τουλάχιστον», διότι για επιστημονικούς και τεχνικούς λόγους απαιτείται μεγαλύτερη ισχύς του CRM (>20 mA) για την καλύτερη απεικόνιση των οστών στα μεγάλα χειρουργεία σπονδυλικής στήλης, που συχνά είναι παχύσαρκα άτομα, ιδιαίτερα στην πλάγια ακτινοσκόπηση όπου απαιτείται μεγάλη ενέργεια και δεισδυσση της ακτινοβολίας. Η εταιρεία αναφέρεται στις δυνατότητες που έχει το συγκεκριμένο μοντέλο της εταιρείας (.....), ενώ θεωρητικά τουλάχιστον άλλα μοντέλα της εταιρείας αυτής να καλύπτουν τις αιτούμενες ανάγκες μας με πιθανόν μεγαλύτερο κόστος. Συμπερασματικά θεωρούμε ότι η προδιαγραφή καλύπτει τις ανάγκες μας πλήρως.» Και περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της αναφέρει επί του λόγου 2 της προσφυγής ότι : « σύμφωνα με την εμπειρία των χειρουργών που θα χρησιμοποιήσουν το CRM ο χρόνος συνολικής ακτινοσκόπησης με διακεκομμένη χρήση μπορεί να ξεπεράσει και την μια ώρα λήγω αυξημένων απαιτήσεων στη μείζονα χειρουργική της σπονδυλικής στήλης (σκολίωση, παραμορφώσεις σπονδυλικής στήλης κλπ). Είναι προφανές ότι η αναφορά σε «.....συνεχής ακτινοσκόπηση πάνω από 40 λεπτά..» εννοείτο «χρήση του CRM > 40 λεπτά». Και περαιτέρω στις συμπληρωματικές απόψεις της επί των παραπάνω η αναθέτουσα αρχή αναφέρει ότι «...σχετικά με την τεχνική προδιαγραφή 6 της διακήρυξης, η Επιτροπή διαπίστωσε ότι στην επίσημη ιστοσελίδα της εταιρίας υπάρχουν μοντέλα (π.χ.,,) τα οποία με τον τρόπο λειτουργίας τους μπορούν να καλύψουν τις απαιτούμενες προδιαγραφές. 2. Σχετικά δε με την προδιαγραφή Νο10 της διακήρυξης, «δυνατότητα μακράς ακτινοσκόπησης» διευκρινίζουμε ότι ο συνολικός χρόνος ακτινοσκόπησης πρέπει να είναι 50 λεπτά, με μέγιστη διάρκεια συνεχούς ακτινοσκόπησης τα 40sec. »

17 . 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

Αριθμός απόφασης: 388/2018

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....».

18 . Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016 « 1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασηςπεριέχουν 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,....καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης..».

19 . Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 54 του Ν.4412/2016 «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές 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, 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, β) με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και, με σειρά προτεραιότητας, σε

Αριθμός απόφασης: 388/2018

εθνικά πρότυπα που αποτελούν μεταφορά ευρωπαϊκών προτύπων, 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» [...] 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 ...».

20 . Επειδή η παρ. 1 του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «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 ...».

21 . Επειδή η παρ. 2 του άρθρου 67 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «Εφόσον έχουν ζητηθεί εγκαίρως, οι αναθέτουσες αρχές παρέχουν σε όλους τους προσφέροντες που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης σύμβασης συμπληρωματικές πληροφορίες σχετικά με τις προδιαγραφές και οποιαδήποτε

Αριθμός απόφασης: 388/2018

σχετικά δικαιολογητικά, το αργότερο έξι ημέρες πριν από τη λήξη της προθεσμίας που έχει οριστεί για την παραλαβή των προσφορών. Σε περίπτωση επισπευσμένης διαδικασίας, όπως αναφέρεται στην παρ. 3 του άρθρου 27 και στην παρ. 7 του άρθρου 28, η προθεσμία αυτή ανέρχεται σε τέσσερις (4) ημέρες. »

22 . Επειδή, σύμφωνα με την παρ. 1, περ. α) του άρθ. 91 «Λόγοι απόρριψης προσφορών» του ν. 4412/2016 «1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και την αξιολόγηση των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100,ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα τη σύμβασης. »

23 . 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».

24 . 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 χρήση του, 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 απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον

Αριθμός απόφασης: 388/2018

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).

25 . 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. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

26. Επειδή σε συνέχεια των ως άνω σύμφωνα με το Ελεγκτικό Συνέδριο λόγω της εφαρμοζόμενης στους δημόσιους διαγωνισμούς αρχής της τυπικότητας, όλες οι διατάξεις της Διακήρυξης καθιερώνουν ουσιώδεις όρους με εξαίρεση εκείνες για τις οποίες προκύπτει το αντίθετο, με συνέπεια, ελλείψει αντίθετης ρητής διάταξης, τυχόν παραβίαση διατάξεων που αφορούν τον τρόπο υποβολής των προσφορών των διαγωνιζομένων συνεπάγεται το απαράδεκτο αυτών (Ελ. Συν. VI Τμήμα, Αποφ. 24995, 1949/2009. Πρ. 115, 10/2008, 222/2005,Ζ' Κλιμάκιο, Πρ. 116/2012, 1177/2009).

27. Επειδή, όπως αναφέρεται ρητώς στο άρθρο 18 του ν. 4412/2016 και παγίως έχει κριθεί από τη νομολογία (ΕΑ ΣτΕ Β' Τμήμα 1135/2010), οι όροι διακήρυξης διαγωνισμού για την ανάθεση σύμβασης δημόσιας προμήθειας πρέπει να μην παραβιάζουν τις θεμελιώδεις αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των επιχειρηματιών (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, *Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166,

Αριθμός απόφασης: 388/2018

σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, *Επιτροπή κατά Δανίας*, C-243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, *SIAC Construction*, C-19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, *Μηχανική*, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, *MT Højgaard και Züblin*, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, *Universale-Bau*, C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko κ.λπ.*, C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

28. Επειδή 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).

29. 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.).

30 . 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.

Αριθμός απόφασης: 388/2018

4412/2016 και το οικείο κανονιστικό πλαίσιο (ΠΔ 39/2017) η συμπλήρωση της προσφυγής με υποβολή υπομνήματος.

31. 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).

32. 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 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, 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.

33. 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

Αριθμός απόφασης: 388/2018

συνθήκες ότι θίγονται τα επαγγελματικά και οικονομικά συμφέροντα του προσφεύγοντος (ΣΤΕ 2521/2004).

34. 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).

35. Επειδή, ειδικότερα, όσον αφορά στην 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 ΣΤΕ . 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756).

36. Επειδή το άρθρο 1 παρ. 1 της Οδηγίας 89/665/EK 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.

37. Επειδή στα πλαίσια της δικονομικής Οδηγίας 89/665/EK 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,

Αριθμός απόφασης: 388/2018

W.Hackermuller, Συλλ. 2003, I-6319, σκέψεις 18-19 και C-230/02, 12.2.04 *Grossmann Air Service*, σκ 26).

38. 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, 2η έκδοση, παρ. 133 σελ.96-97).

39. Επειδή, ειδικότερα, η προσφεύγουσα στο λόγο 1 της προσφυγής δεν ισχυρίζεται ότι αποκλείεται η συμμετοχή του στο διαγωνισμό λόγω της επίμαχης τεχνικής προδιαγραφής περί ισχύος της γεννήτριας 25mA, αλλά ότι αποκλείεται του διαγωνισμού ένα συγκεκριμένο μοντέλο από τα μηχανήματά της το οποίο η ίδια έχει επιλέξει να προσφέρει στον διαγωνισμό το οποίο διαθέτει ισχύ γεννήτριας 20mA. Η προσφεύγουσα δεν επικαλείται και δεν αποδεικνύει ότι δεν δύναται να συμμετάσχει στο διαγωνισμό προσφέροντας άλλο 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 της συμφέροντα. Συνεπώς, δεν θεμελιώνει προσωπικό, άμεσο και ενεστώς έννομο συμφέρον, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναγραφόμενα στις παραπάνω σκέψεις, και για τον λόγο τούτο είναι απαράδεκτος ο λόγος 1 της προσφυγής.

40. Επειδή επιπλέον και ανεξαρτήτως της παραπάνω σκέψης 39, η προσφεύγουσα ρητώς αναφέρει ότι προτίθεται να προσφέρει το συγκεκριμένο μοντέλο ακτινοσκοπικού μηχανήματος, το οποίο, κατ' αυτήν, πρέπει να κριθεί όχι μόνον σε σχέση με την τεθείσα προδιαγραφή περί απόδοσης της γεννήτριας 25mA αλλά και σε σχέση με τα DQE του ενισχυτή εικόνας που το συγκεκριμένο μοντέλο της διαθέτει, το οποίο εξάλλου διαθέτει και CE Mark,

Αριθμός απόφασης: 388/2018

ενώ σε κάθε περίπτωση η τεθείσα προδιαγραφή των 25 mA είναι αυθαίρετη διότι δεν στηρίζεται σε διεθνή πρότυπα. Επιπλέον στο Κεφάλαιο Γ της προσφυγής αορίστως και απαραδέκτως ισχυρίζεται ότι οι τεχνικές προδιαγραφές των προϊόντων της γενικά φαίνεται ότι δεν καλύπτουν την τεθείσα προδιαγραφή την οποία δεν απαιτούν ούτε τα μεγαλύτερα νοσοκομεία του κόσμου. Οι ισχυρισμοί αυτοί είναι προεχόντως αόριστοι επειδή i) η προσφεύγουσα δεν ιστορεί τα DQE του ενισχυτή εικόνας του μοντέλου της, ούτε τεχνολογική επιστημονική τεκμηρίωση για τον συσχετισμό μεταξύ DQE και mA από την οποία να προκύπτει η φερόμενη αναπλήρωση της ισχύος της γεννήτριας σε mA αναλόγως των διαθέσιμων DQE, και ii) ούτε προβλέπεται ούτε προκύπτει από τον νόμο ότι οι προδιαγραφές καθίστανται αυθαίρετες επειδή και μόνον δεν παραπέμπουν σε ευρωπαϊκά ή διεθνή πρότυπα, ενώ αντίθετα ρητά προβλέπεται στον νόμο η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να μην παραπέμπει στα πρότυπα και iii) ούτε προβλέπεται στον νόμο ούτε προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή είναι υποχρεωμένη να δικαιολογεί τις τεχνικές προδιαγραφές, ανεξαρτήτως του ότι εν προκειμένω αιτιολογήθηκε από την αναθέτουσα αρχή η επίμαχη προδιαγραφή, και iv) τα όσα παραθέτει περί της ποιότητας και της καθιέρωσης παγκοσμίως των προϊόντων της κατασκευάστριας δεν έχουν νομική σημασία για την εξέταση της προσφυγής ούτε κρίνονται, και vi) ο ισχυρισμός ότι τα μεγαλύτερα νοσοκομεία του κόσμου δεν απαιτούν ισχύ γεννήτριας ίση με 25mA δηλαδή την επίμαχη προδιαγραφή είναι αλυσιτελής αφού, και αληθής υποτιθέμενος, δεν περιορίζει όμως κατά νόμο την αναθέτουσα αρχή να απαιτεί γεννήτρια του ακτινογραφικού μηχανήματος με συγκεκριμένη ισχύ και εν γένει προδιαγραφές που να καλύπτουν τις ανάγκες της. Όμως, πέραν των ως άνω εκτεθέντων, δεν προκύπτει ούτε βλάβη της προσφεύγουσας από την πλησόμενη προδιαγραφή επειδή η ίδια διαθέτει μοντέλα ακτινοσκοπικών μηχανημάτων τα οποία την πληρούν, όπως αναφέρει η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα διαθέτει το μοντέλο, στο τεχνικό φυλλάδιο έτους 2014 του οποίου (σελ. 2) αναφέρεται ότι επιτυγχάνει απόδοση γεννήτριας μέχρι 75mA (*the generator meets the following power requirementsradiographic mA range : up to 75mA*), απόδοση που αναφέρεται επίσης και στο τεχνικό φυλλάδιο έτους 2017 του προϊόντος (σελ. 2 *Generator...up to 75mA for radiographic film exposure*). Η προσφεύγουσα

Αριθμός απόφασης: 388/2018

διαθέτει επίσης και το μοντέλο, στο τεχνικό φυλλάδιο έτους 2017 του οποίου (σελ. 7) αναφέρεται ότι προσφέρει «Επί πλέον δεδομένα ισχύος ...: ρεύματα μέχρι 75mA για διείσδυση σε πυκνά ανατομικά σημεία» (power more data...currents up to 75 mA for dense anatomy penetration). Συνεπώς, η βλάβη που ενδεχομένως θέλει υποστεί η προσφεύγουσα δεν συναρτάται με την τεθείσα προδιαγραφή αλλά με την δική της επιλογή και επιθυμία όπως προσφέρει στον επίμαχο διαγωνισμό το συγκεκριμένο μοντέλο της που δεν διαθέτει την τεθείσα προδιαγραφή ενώ διαθέτει άλλα προϊόντα εντός προδιαγραφής. Επομένως, σε κάθε περίπτωση, απαραδέκτως ήδη αιτείται την τροποποίηση της επίμαχης προδιαγραφής κατά τρόπο που να εξυπηρετεί την ειδική επιλογή της όπως διαθέσει το συγκεκριμένο μοντέλο μηχανήματος που δεν πληροί την προδιαγραφή επιδιώκοντας με τον τρόπο αυτό να προδιαγράψει το αντικείμενο του διαγωνισμού, έτσι ώστε να εξυπηρετεί τα ειδικά δικά της επαγγελματικά συμφέροντα και την εμπορική της πολιτική.

41. Επειδή, ειδικά σε σχέση με την προδιαγραφή υπ' αριθ. 10 περί συνεχούς ακτινοσκόπησης 40 λεπτών, η προσφεύγουσα ρητώς αναφέρει ότι αποκλείει όλα εν γένει τα προϊόντα της από τον διαγωνισμό αλλά και κάθε άλλης ανταγωνίστριας εταιρείας διότι, κατ' αυτήν, δεν νοείται καν συνεχής ακτινοσκόπηση ανθρώπου επί 40 λεπτά, όπως απαιτεί η διακήρυξη. Επομένως, η προσφεύγουσα θεμελιώνει έννομο συμφέρον να προβάλει τον ως άνω λόγο της προσφυγής κατά της συγκεκριμένης προδιαγραφής.

42. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις αρχικές και συμπληρωματικές απόψεις της επί της προσφυγής αποδέχεται ότι πράγματι η επίμαχη προδιαγραφή είναι λανθασμένη, ότι ο χρόνος συνολικής ακτινοσκόπησης αλλά με διακεκομμένη χρήση του μηχανήματος μπορεί να ξεπεράσει την μία ώρα σε μείζονες χειρουργικές επεμβάσεις, και ότι το αληθώς σκοπούμενο με την προδιαγραφή αυτή είναι *«ότι ο συνολικός χρόνος ακτινοσκόπησης πρέπει να είναι 50 λεπτά, με μεγίστη διάρκεια συνεχούς ακτινοσκόπησης τα 40sec.»* Συνεπώς, είναι προφανές ότι εκ παραδρομής ετέθη στην επίμαχη προδιαγραφή της διακήρυξης ότι ο απαιτούμενος χρόνος συνεχούς ακτινοσκόπησης είναι 40 λεπτά ενώ το ορθό είναι 40 δευτερόλεπτα. Ωστόσο, η αναθέτουσα αρχή δεν προέβη σε διευκρίνιση της επίμαχης τεχνικής προδιαγραφής, σύμφωνα με τον νόμο, προς πάντα ενδιαφερόμενο όπως συμμετάσχει στον διαγωνισμό. Επομένως, κατόπιν τούτων, και ιδία

Αριθμός απόφασης: 388/2018

κατόπιν της αποδοχής της αναθέτουσας αρχής περί την πλημμέλεια κατά την διατύπωση της επίμαχης τεχνικής προδιαγραφής με αριθ. 10, και δεδομένου ότι δεν κοινοποίησε διευκρινίσεις στα πλαίσια της οικείας διαδικασίας του διαγωνισμού, και εξάλλου η επίμαχη προδιαγραφή δεν μπορεί να ερμηνευτεί κατά τρόπο διάφορο από την ρητή –πλην λανθασμένη- γραμματική της διατύπωση προκύπτει ότι ο οικείος όρος της διακήρυξης πάσχει ασάφειας τέτοιας που αναιρεί τη δυνατότητα κατανόησης της επίμαχης τεχνικής προδιαγραφής με αριθ. 10 και διαμόρφωσης άρθρων και συγκρίσιμων προσφορών, κατά παράβαση του άρθ 53 του ν. 4412/2016 και για τον λόγο αυτό πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος ο δεύτερος λόγος της προσφυγής.

43 . Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

44. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή.

45 . Επειδή πρέπει να ακυρωθεί η τεχνική προδιαγραφή υπ' αριθ. 10 του Πίνακα 2 με τον τίτλο « Πίνακας ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ-ΦΥΛΛΟ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ» του Παραρτήματος Β' με τον τίτλο « ΠΟΣΟΤΙΚΕΣ ΚΑΙ ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΤΩΝ ΕΙΔΩΝ» της διακήρυξης (σελ. 33) κατά το τμήμα του τρίτου εδάφιο που ορίζει ότι «Να επιτυγχάνεται συνεχής ακτινοσκόπηση 40 λεπτών τουλάχιστο».

46. Επειδή ύστερα από τις προηγούμενες σκέψεις, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ.5 Ν.4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την τεχνική προδιαγραφή υπ' αριθ. 10 του Πίνακα 2 με τον τίτλο «Πίνακας ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ-ΦΥΛΛΟ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ» του Παραρτήματος Β' με τον τίτλο «ΠΟΣΟΤΙΚΕΣ ΚΑΙ ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΤΩΝ ΕΙΔΩΝ» της διακήρυξης με αριθ. 2/2017 της 6^{ης} Υ.ΠΕ. Πελοποννήσου, Ιονίων Νήσων, Ηπείρου & Δυτικής Ελλάδας, Γενικό Νοσοκομείο Πατρών, κατά το τμήμα του τρίτου εδαφίου που ορίζει ότι «Να επιτυγχάνεται συνεχής ακτινοσκόπηση 40 λεπτών τουλάχιστο».

Αριθμός απόφασης: 388/2018

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του παραβόλου ποσού 600 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 27-4-2018 και εκδόθηκε την 17-5-2018 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Ειρήνη Ε. Αψοκάρδου

Φιλία Κοντραφούρη