

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 28 Ιουνίου 2024, με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Μέλος- Εισηγήτρια, Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 21.05.2024, υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 734/21.05.2024, προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα, με την επωνυμία «...» (εφ' εξής η «προσφεύγουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά : «...» (εφ' εξής η «αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Την παρέμβαση του οικονομικού φορέα, με την επωνυμία «...» (εφ' εξής η «παρεμβαίνουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση όρων της υπ' αριθμό .../2024 και υπό Α.Δ.Α.Μ. ... διακήρυξης. Πιο αναλυτικά, οι προσβαλλόμενοι, δια της προσφυγής, όροι αφορούν σε τεχνικές προδιαγραφές των κάτωθι ειδών του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης: α) το είδος με α/α 11 «...», β) το είδος με α/α 12 «...», γ) το είδος με α/α 37 «...», δ) το είδος με α/α 50 «...», ε) το είδος με α/α 53 «...», στ) το είδος με α/α 54 «...», ζ) το είδος με α/α 56 «...» και η) το είδος με α/α «...».

Με την παρέμβαση ζητείται η απόρριψη της προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός Απόφασης: 1037 /2024

1.Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής προκύπτει, ότι καταβλήθηκε και δεσμεύθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, 600,00€ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών, με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2.Επειδή, με την διακήρυξη, υπ' αριθμό .../2024, προκηρύχθηκε ανοικτός δημόσιος διαγωνισμός για την «προμήθεια «...» (CPV: ...) ετήσιας Π/Υ δαπάνης 226.034,60 € χωρίς ΦΠΑ, η οποία με ΦΠΑ 13% και 24% διαμορφώνεται σε 271.529,62 €, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά (χαμηλότερη τιμή), για χρονικό διάστημα δύο (2) ετών και με δικαίωμα προαίρεσης για ένα (1) επιπλέον έτος, σε εφαρμογή του Προγραμματισμού Προμηθειών και Παροχής Υπηρεσιών έτους 2024. Η συνολική Π/Υ δαπάνη του διαγωνισμού, συμπεριλαμβανομένης της προαίρεσης, ανέρχεται σε 678.103,80 € χωρίς ΦΠΑ, η οποία με ΦΠΑ 13% και 24% διαμορφώνεται σε 814.588,86 €». Η ως άνω διακήρυξη δημοσιεύθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. στις 26.04.2024 και έλαβε ΑΔΑΜ ... καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., υπό τον συστημικό αριθμό ...

3.Επειδή η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, ως εκ του αντικειμένου της, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης άνευ Φ.Π.Α. και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρ. 345 του ν. 4412/2016, η δε Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4.Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπροθέσμως, στις 21.05.2024. Σημειωτέον, ότι η δεκαήμερη προθεσμία προς άσκηση προσφυγής κατά διακήρυξης άρχεται από την τεκμαιρόμενη γνώση της διακήρυξης, η οποία επέρχεται, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 (γ) του ν. 4412/2016, μετά την πάροδο 15νθημέρου από την ανάρτηση της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ (Εν προκειμένω, ανάρτηση της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ: 26.04.2024, τεκμαιρόμενη γνώση διακήρυξης: 11.05.2024, κατάθεση προσφυγής: 21.05.2024).

Αριθμός Απόφασης: 1037 /2024

5.Επειδή η αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 της παρ. 1 του Ν. 4412/2016, κοινοποίησε, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., την προσφυγή στις 23.05.2024 στους συμμετέχοντες και θιγόμενους από τυχόν αποδοχή της, προκειμένου αυτοί να λάβουν γνώση και να ασκήσουν ενδεχομένως το δικαίωμα παρέμβασής τους. Η δε παρεμβαίνουσα άσκησε εμπροθέσμως, στις 31.05.2024, την παρέμβασή της επί της κρινόμενης προσφυγής.

6.Επειδή η αναθέτουσα Αρχή υπέβαλε νομίμως και εμπροθέσμως, στις 04.06.2024, τις απόψεις της επί της κρινόμενης προσφυγής.

7.Επειδή, όσον αφορά στην θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, η προσφεύγουσα πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτήν, τους κανόνες που αφορούν στις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, στη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή στα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την (λυσίτελή) συμμετοχή της στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣτΕ 86/2018, 12-15/2018 Ολομ, 146-148/2016 Ολομ., ΕΑ 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756). Σε κάθε περίπτωση, βάσει της λεκτικής διατύπωσης του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016, το έννομο συμφέρον δύναται να θεμελιωθεί και επί τη βάσει της ενδεχόμενης βλάβης, εφ' όσον, παρέχεται επαρκής τεκμηρίωση των λόγων που αποδεικνύουν με ενάργεια τον επικείμενο κίνδυνο, χωρίς να απαιτείται για την υποβολή προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, να συνιστά ο προσφεύγων συμμετέχοντα στον διαγωνισμό (βλ. απόφαση ΔΕΕ της 11ης-1-2005, C-26/03, StadtHalle, σκέψη 40).

8. Επειδή η προσφεύγουσα, η οποία δεν έχει υποβάλει προσφορά στον εν θέματι διαγωνισμό, θεμελιώνει, κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής ως ενδεχομένως βλαπτόμενη, δεδομένου ότι στρέφεται κατά όρων της διακήρυξης, οι οποίοι, κατά τους ισχυρισμούς της, καθιστούν αδύνατη ή δυσχεραίνουν ουσιωδώς την συμμετοχή της στον διαγωνισμό, στον οποίο επιθυμεί να συμμετάσχει. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα δηλώνει, ότι δραστηριοποιείται επί σειρά ετών στον τομέα των

Αριθμός Απόφασης: 1037 /2024

προμηθειών υγείας και ότι επιθυμεί να υποβάλει προσφορά για τα είδη με α/α 11, 12, 37, 50, 53, 54 και 56. Ωστόσο, η προσφεύγουσα διατείνεται, ότι οι πλησσόμενοι, με την προσφυγή της, όροι της διακήρυξης καθιστούν αδύνατη την συμμετοχή της στην προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία. Για την θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος και της βλάβης της για την προσβολή όρων της διακήρυξης αρκεί κατ' αρχήν η επίκληση, ότι ενδιαφέρεται να συμμετέχει στον διαγωνισμό, με βάση το γεγονός ότι δραστηριοποιείται επαγγελματικά στο αντικείμενο της δημοπρατούμενης σύμβασης (ΑΕΠΠ 7ΜΕΛΟΥΣ 3/2018, σκ. 10).

9. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η αναθέτουσα Αρχή είναι κατ' αρχήν ελεύθερη - να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση της σύμβασης προμήθειας, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές με βάση τις ανάγκες της και την σκοπιμότητα χρήσης των υπό προμήθεια προϊόντων, 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 διαγωνιζομένων τινών, 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 διαγωνισμό. Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτήν, οι τεχνικές προδιαγραφές από της άποψης της τήρησης του εγχώριου και 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 κ.ά.).

10. Επειδή, όπως ορίζεται στο άρθ. 18 του ν. 4412/2016 και όπως παγίως έχει κριθεί (ΕΑ ΣτΕ Β' Τμήμα 1135/2010), οι όροι της διακήρυξης διαγωνισμού για την ανάθεση σύμβασης δημόσιας προμήθειας πρέπει να μη παραβιάζουν τις θεμελιώδεις αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των επιχειρηματιών (βλ. μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης

Αριθμός Απόφασης: 1037 /2024

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, σκέψη 33).

11. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από την νομολογία, η Διοίκηση είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την ευρεία διακριτική ευχέρεια και κρίση της τους όρους της διακήρυξης 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 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 των προμηθευτών, 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. Επιπλέον έχει παγίως κριθεί, ότι η σκοπιμότητα ή η ανάγκη θέσπισης της πλησσομένης προδιαγραφής, απαραδέκτως αμφισβητούνται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό, και επίσης ότι απαραδέκτως η αιτούσα αμφισβητεί την σκοπιμότητα της επιλογής από την αναθέτουσα Αρχή του πλησσομένου 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 αναθέτουσα Αρχή, κατ' εκτίμηση των αναγκών της, προσδιόρισε ως αναγκαία (ΣΤΕ 3719/2011, 2/2011, Ε.Α. ΣΤΕ 201/2017, 354/2014, 676/2011, 1354, 1305, 670/2009, ΔΕΦΑΘ 491/2011, ΔΕΦΘεσ/νίκης 111/2013, ΔΕΦΑΘ 226/2013, Ε.Α. ΣΤΕ 133/2012). Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από της άποψης 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).

12. Επειδή, αναφορικά με τον πρώτο λόγο της προσφυγής (για το είδος με α/α 11), λεκτέα τα κάτωθι: Το Παράρτημα Ι, που αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης, για το είδος με α/α 11, ορίζει τα εξής: «...». Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, ότι: *«Για το είδος με α/α 11 ζητείται το προσφερόμενο σετ ουρητηρικού ... να έχει «οπές στη θηλιά και στο σώμα του καθετήρα». Η συγκεκριμένη κατασκευή καθετήρα, να διαθέτει, δηλαδή, αυτός οπές και στη θηλιά, αλλά και στο σώμα του, φωτογραφίζει το προϊόν μίας συγκεκριμένης εταιρείας, της εταιρείας ... (βλ. συνημμένο στην παρούσα prospectus ...), καθώς τα προϊόντα όλων των υπολοίπων εταιρειών, εξ όσων μπορούμε με ασφάλεια να γνωρίζουμε λόγω της πολυετούς δραστηριοποίησης μας στο συγκεκριμένο πεδίο ιατρικών προμηθειών, συμπ/νου και του προϊόντος που εμπορεύεται η δική μας εταιρεία, διαθέτουν οπές στην θηλιά του καθετήρα, απ' όπου εξάλλου και διενεργείται η παροχέτευση. Ειδικότερα, στο συγκεκριμένο κωδικό η εταιρεία μας θα προσφέρει ... μονής θηλείας του γερμανικού εργοστασίου Ο καθετήρας που θα προσφέρουμε είναι κατασκευασμένος από αλιφατική πολυουρεθάνη μαλακής σύστασης, είναι αποστειρωμένος, μιας χρήσης, ακτινοσκοπικός και διαθέτει οπές στη θηλιά του.»* Η αναθέτουσα, με τις απόψεις, επάγεται τα εξής: *«Αναφορικά για το είδος με α/α 11 «...» η πρόταση της εταιρείας «...» γίνεται αποδεκτή και αποφασίζουμε την τροποποίηση της τεχνικής προδιαγραφής ως εξής: «...».* Κατ' αρχάς, οι ειδικότεροι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί «φωτογραφικότητας» της εταιρείας «...» είναι απορριπτέοι. Τούτο, διότι, όπως έχει παγίως κριθεί, ισχυρισμοί περί «φωτογραφικής» περιγραφής υπό προμήθεια ειδών, τα οποία κατασκευάζει ή προμηθεύει μία συγκεκριμένη κατονομαζόμενη εταιρεία, και ιδίως το γεγονός της ταύτισης των τεχνικών προδιαγραφών με προϊόντα της εταιρείας αυτής, δεν αρκούν για να θεωρηθεί, ότι οι προδιαγραφές είναι «φωτογραφικές» (ad hoc ΔΕφΘεσ/κης 126/2018, ΣτΕ 1140/2010, 1024-25/2010), ενώ σε κάθε περίπτωση, από την φύση τους, οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό. Συνεπώς, αορίστως και αναποδεικτως η προσφεύγουσα προβάλλει, ότι οι τεχνικές προδιαγραφές πληρούνται μόνον από είδος που εμπορεύεται η ως άνω εταιρεία. Περαιτέρω, η αναθέτουσα, με τις απόψεις, δηλώνει, ότι αποφασίζει την τροποποίηση των τεχνικών προδιαγραφών του επίμαχου είδους, κατά τ' ανωτέρω. Όμως, από τον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού

Αριθμός Απόφασης: 1037 /2024

προκύπτει, ότι η αναθέτουσα Αρχή δεν έχει τροποποιήσει τις συγκεκριμένες απαιτήσεις για το επίμαχο είδος, με τροποποιημένη Διακήρυξη (ως εξής, για τον επίμαχο όρο: «...»), που να έχει νομίμως αναρτηθεί στο ΚΗΜΔΗΣ και στα συνημμένα έγγραφα της αρχικής σελίδας του διαγωνισμού. (ΕΑΔΗΣΥ 825/2024, εξ αντιδιαστολής σκ. 12). Άρα, ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτός, κατ' αποδοχή και των κατά τα άνω απόψεων της αναθέτουσας, απορριπτομένου του αναφερομένου στην φωτογραφικότητα σκέλους του, και να ακυρωθεί ο όρος για το είδος με α/α 11, κατά τ' ανωτέρω.

13. Επειδή, αναφορικά με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής (για το είδος με α/α 12), λεκτέα τα κάτωθι: Το Παράρτημα Ι, που αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης, για το είδος με α/α 12, ορίζει τα εξής: «...». Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι: «Για το είδος με α/α 12 ζητείται ο καθετήρας να είναι από πολυουρεθάνη «εμπλουτισμένος με αντιμικροβιακό υλικό ... εσωτερικά του αυλού...». Το ..." είναι κατοχυρωμένο εμπορικό σήμα της εταιρείας ... (αριθμός αίτησης γραφείου...), από την οποία και μόνο παράγεται αποκλειστικά η ζητούμενη χημική ουσία, ενώ, το σχετικό προϊόν που είναι εμποτισμένο μ' αυτή το εμπορεύεται παγκοσμίως και αποκλειστικώς η εταιρεία Στο συγκεκριμένο κωδικό η εταιρεία μας θα προσφέρει προϊόν του αγγλικού κατασκευαστικού οίκου Ο καθετήρας που θα προσφέρουμε, με την εμπορική ονομασία ... είναι εμπλουτισμένος με αντιμικροβιακό υλικό, ως ζητείται από τη διακήρυξη, το οποίο, όμως, δεν είναι το ..., αλλά το υλικό ... (...), δηλαδή, πολυεξαμεθυλική διγουανίδη, γνωστό υλικό με αντιμικροβιακή δράση απέναντι σε ευρύ φάσμα ... και ...- βακτηρίων, ιών και μυκήτων.». Η δε αναθέτουσα, με τις απόψεις, επάγεται, ότι: «Αναφορικά για το είδος με α/α 12 «...» η πρόταση της εταιρίας «...» γίνεται αποδεκτή και αποφασίζουμε την τροποποίηση της τεχνικής προδιαγραφής ως εξής: «...». Η αναφερθείσα προδιαγραφή προϋπάρχει στους κωδικούς του νοσοκομείου, έχει ζητηθεί και χρησιμοποιείται αποκλειστικά από τη ΜΕΘ Ενηλίκων. Το αντιμικροβιακό υλικό ... είναι προτιμητέο από την κλινική που χρησιμοποιεί το εν λόγω είδος χωρίς αυτό να είναι δεσμευτικό.». Σημειωτέον, ότι, όπως προκύπτει από πληροφορίες στο διαδίκτυο -οι οποίες είναι ελεύθερα προσβάσιμες στον καθ' ένα άνευ άλλου τινός- τεχνολογία ... (βιοσυμβατό αντιμικροβιακό υλικό) είναι η τεχνολογία εκείνη, κατά την οποία ο καθετήρας πολυουρεθάνης εμπλουτίζεται μοριακά με

Αριθμός Απόφασης: 1037 /2024

ίοντα αργύρου, που τα εκπέμπει εσωτερικά και εξωτερικά του αυλού, έτσι ώστε να μπορεί να διατηρηθεί η αντιμικροβιακή του δράση για 30 ημέρες, αντί να είναι επικαλυμμένος μόνον εξωτερικά. Περαιτέρω, η αναθέτουσα, με τις απόψεις, δηλώνει, ότι έχει αποφασίσει την τροποποίηση του όρου για το επίμαχο είδος με α/α 12, κατά τ' ανωτέρω. Όμως, από τον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού προκύπτει, ότι η αναθέτουσα Αρχή δεν έχει τροποποιήσει τις συγκεκριμένες απαιτήσεις για το επίμαχο είδος, με τροποποιημένη Διακήρυξη (ως εξής, για τον επίμαχο όρο: «...»), που να έχει νομίμως αναρτηθεί στο ΚΗΜΔΗΣ και στα συνημμένα έγγραφα της αρχικής σελίδας του διαγωνισμού. Η δε αναθέτουσα, με τις απόψεις, δηλώνει ότι, κατόπιν της ως άνω τροποποίησης, γίνεται δεκτό «...» και όχι μόνον το «...» αναφορικά δε με το «...», η αναθέτουσα σημειώνει, ότι η επίμαχη προδιαγραφή προϋπάρχει στους κωδικούς του νοσοκομείου, έχει ζητηθεί και στο παρελθόν, και χρησιμοποιείται αποκλειστικά από την ΜΕΘ Ενηλίκων. Άρα, ο δεύτερος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

14. Επειδή, με το α' σκέλος του τρίτου λόγου της προσφυγής, η προσφεύγουσα βάλλει κατά των τεχνικών προδιαγραφών του είδους με α/α 50, ενώ με το β' σκέλος του λόγου βάλλει κατά των τεχνικών προδιαγραφών του είδους με α/α 53.

15. Επειδή, αναφορικά με τον τρίτο λόγο της προσφυγής, λεκτέα τα κάτωθι. Ως προς το α' σκέλος: Το Παράρτημα Ι, που αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης, για το είδος με α/α 50, ορίζει τα εξής: «...». Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, ότι το υλικό «...» το διαθέτει μόνον η εταιρεία «...». Επιπλέον, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, ότι ως τιμή του επίμαχου είδους η διακήρυξη ορίζει τιμή μονάδος 13,10 ευρώ, ενώ, σύμφωνα με το Παρατηρητήριο Τιμών Υγείας, η τιμή μονάδος είναι 45,00 ευρώ. Επειδή η αναθέτουσα, με τις απόψεις, επάγεται τα εξής: *«Αναφορικά για το είδος με α/α 50 «...» η πρόταση της εταιρίας «...» γίνεται μερικώς αποδεκτή και αποφασίζουμε την τροποποίηση της τεχνικής προδιαγραφής ως εξής: «...». Αξίζει να σημειωθεί ότι το νοσοκομείο προμηθεύεται με τις εξωσυμβατικές παραγγελίες που προκύπτουν από τις έρευνες αγοράς που διενεργούσε, υλικά από την εταιρία ... (13,1 ευρώ) τα οποία περιέχουν πολυουρεθάνη. Επιπλέον, για τον α/α 50 ζητείται από την εταιρία «...» τροποποίηση τιμής αναφέροντας τον Κωδικό παρατηρητηρίου 41.5.17 (45*

Αριθμός Απόφασης: 1037 /2024

ευρώ). Ο συγκεκριμένος Κωδικός παρατηρητηρίου αντιστοιχεί στην ακόλουθη προδιαγραφή: «Σετ ενδοπροσθέσεων ... ανοιχτού άκρου από ειδικό πολυμερές υλικό, υδρόφιλη επικάλυψη, βιοσυμβατό, ακτινοσκιερό, διάρκεια παραμονής 9 -12 μήνες, παροχέτευση από πλαιινές οπές καθόλο το μήκος του καθετήρα. Το σετ να διαθέτει ..., προωθητή, ουρητηρικό καθετήρα και οδηγό σύρμα 0,38 ή 0,35 Διάμετρος: 4,8 Fr, μήκη 12-30 εκ». Η παραπάνω προδιαγραφή του παρατηρητηρίου είναι ασύμβατη με την προδιαγραφή που ζητείται στον α/α 50 του νοσοκομείου διότι ζητείται ... με μακρύ προωθητή που είναι ειδικός για την πραγματοποίηση εύκαμπτων ουρητηροσκοπήσεων , δηλαδή για πρόσβαση μέχρι το νεφρό.». Κατ' αρχάς, οι ειδικότεροι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, ότι μη νομίμως η διακήρυξη προβλέπει τιμή, για το επίμαχο είδος, χαμηλότερη του Παρατηρητηρίου Τιμών, είναι απορριπτέοι. Τούτο, διότι, στο άρθρο 13 του ν 3918/2011 (ΦΕΚ Α 31/02.03.2011) «Διαρθρωτικές αλλαγές στο σύστημα υγείας και άλλες διατάξεις», όπως το δεύτερο εδάφιο αυτού αντικαταστάθηκε με το άρθρο 14 § 7 του ν. 4052/2012 (ΦΕΚ Α 41), ορίζεται, ότι: «Η υποχρέωση προσκόμισης από τους υποψήφιους αναδόχους υπεύθυνης δήλωσης με τις τρεις χαμηλότερες τιμές των προϊόντων ή των υπηρεσιών που προσφέρονται, στα άλλα κράτη - μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης, η οποία προβλέπεται στο εδάφιο 1 της παραγράφου 12 του άρθρου 27 του ν. 3867/2010 (ΦΕΚ 128 Β), καταργείται από την ημερομηνία έναρξης της ισχύος του ν 3867/2010, Στο στάδιο της κατακύρωσης των διαγωνισμών του προγράμματος προμηθειών υπηρεσιών υγείας (ΠΠΥΥ) του 2011 και εφεξής γίνεται σύγκριση των τιμών των οικονομικών προσφορών με αυτές του Παρατηρητηρίου Τιμών, όπως καταγράφηκαν κατά την τελευταία ημέρα της προθεσμίας υποβολής προσφορών ανά διαγωνισμό, εφόσον η ανωτέρω καταληκτική ημερομηνία έπεται της έναρξης ισχύος του άρθρου 24 του ν, 3846/2010. Οι οικονομικές προσφορές που είναι ανώτερες από τις κατά τα ανωτέρω παραδεκτές τιμές, απορρίπτονται». Εν ολίγοις, το άρθρο 13 του ως άνω Ν. 3918/2011 προδιαγράφει συγκεκριμένη υποχρέωση -σκοπούσα στην διαφάνεια του διαγωνισμού και στον έλεγχο της τήρησης των διατάξεων του ως άνω νόμου-που άγει σε απόρριψη προσφορών σε περίπτωση υπέρβασης των τιμών του Παρατηρητηρίου και όχι σε περίπτωση τιμών υπολειπόμενων των τιμών του Παρατηρητηρίου. Άλλωστε, και στον όρο 2.4.4 της διακήρυξης ορίζεται, ότι: «Η Οικονομική Προσφορά συντάσσεται με βάση το αναγραφόμενο στην παρούσα

Αριθμός Απόφασης: 1037 /2024

κριτήριο ανάθεσης, και σύμφωνα με τα οριζόμενα στο Παράρτημα IV της παρούσης διακήρυξης. Οι οικονομικές προσφορές υποβάλλονται ξεχωριστά ανά προσφερόμενο είδος. Στην προσφορά να αναγράφεται ο αριθμός Παρατηρητηρίου Τιμών στον οποίο αντιστοιχεί το προσφερόμενο είδος. Η προσφερόμενη τιμή δεν πρέπει να ξεπερνά την τιμή του Π.Τ. όπου υπάρχει». Εν προκειμένω, η αναθέτουσα, με τις απόψεις, δηλώνει, ότι έχει αποφασίσει την τροποποίηση του επίμαχου όρου ως εξής: «...». Όμως, από τον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού προκύπτει, ότι η αναθέτουσα Αρχή δεν έχει τροποποιήσει τις συγκεκριμένες απαιτήσεις για το επίμαχο είδος, με τροποποιημένη Διακήρυξη, που να έχει νομίμως αναρτηθεί στο ΚΗΜΔΗΣ και στα συνημμένα έγγραφα της αρχικής σελίδας του διαγωνισμού. Άρα, το α' σκέλος του τρίτου λόγου της προσφυγής, αναφορικά με το είδος με α/α 50, πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτό. Ως προς το β' σκέλος: Το Παράρτημα I, που αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης, για το είδος με α/α 53, ορίζει τα εξής: «...». Η αναθέτουσα, ως προς τον επίμαχο όρο, αναφέρει τα εξής: *«Αναφορικά για το είδος με α/α 53 «...» η πρόταση της εταιρίας «...» δεν γίνεται αποδεκτή. Η αναφερθείσα προδιαγραφή προϋπάρχει στους κωδικούς του νοσοκομείου και για την ακρίβεια ζητείται ο εν λόγω καθετήρας για εξειδικευμένη χρήση στην κλινική των Μεταμοσχεύσεων λόγω ειδικού μήκους και ακόμα πιο ειδικά λόγω της ειδικής δομής διπλού στρώματος που είναι εσωτερικά σκληρό για εύκολη τοποθέτηση και εξωτερικά μαλακό για άνεση και ανώδυνη μακρά παραμονή στους μεταμοσχευμένους ασθενείς, αποδεδειγμένο μετά από χρήση του υλικού σε βάθος χρόνου. Αξίζει να σημειωθεί ότι ακόμα και στο παρατηρητήριο τιμών το υλικό ... αναφέρεται μέσα σε εγκεκριμένες προδιαγραφές (Π.Τ: 41.2.107, 41.2.108).»*. Στην προκειμένη περίπτωση, η αναθέτουσα Αρχή αιτιολόγησε επαρκώς και νομίμως την απαίτηση για τον επίμαχο καθετήρα ... από ..., καθώς προορίζεται για εξειδικευμένη χρήση στην κλινική των Μεταμοσχεύσεων, λόγω του ειδικού μήκους, και δη λόγω της ειδικής δομής διπλού στρώματος, που είναι εσωτερικά σκληρό για εύκολη τοποθέτηση και εξωτερικά μαλακό για άνεση και ανώδυνη μακρά παραμονή στους μεταμοσχευμένους ασθενείς, μετά από χρήση του υλικού σε βάθος χρόνου. Μάλιστα, η αναθέτουσα αναφέρει, ότι και στο παρατηρητήριο τιμών το υλικό ... αναφέρεται μέσα στις εγκεκριμένες προδιαγραφές. Συνεπώς, η αιτιολογία της αναθέτουσας Αρχής παρίσταται επαρκής και νόμιμη, η δε

Αριθμός Απόφασης: 1037 /2024

θέσπιση του συγκεκριμένου όρου και των τεχνικών απαιτήσεων, για το είδος με α/α 53, κρίνεται αναγκαία και σκόπιμη για την επίτευξη του επιδιωκόμενου αποτελέσματος. Υπό τα δεδομένα αυτά, απαραδέκτως η προσφεύγουσα βάλλει κατά της σκοπιμότητας θέσπισης των συγκεκριμένων απαιτήσεων και προσπαθεί να καθορίσει και να προδιαγράψει αυτή τα τεχνικά χαρακτηριστικά του προς προμήθεια είδους, με βάση της δικές της επαγγελματικές ανάγκες και δυνατότητες. Εν όψει αυτών, το β' σκέλος του τρίτου λόγου τυγχάνει απορριπτέο.

16. Επειδή, αναφορικά με τον τέταρτο λόγο της προσφυγής (ως προς το είδος με α/α 54), λεκτέα τα κάτωθι. Το Παράρτημα Ι, που αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης, για το είδος με α/α 53, ορίζει τα εξής: «...». Η αναθέτουσα, ως προς τον επίμαχο όρο, αναφέρει τα εξής: «...» η πρόταση της εταιρίας «...» δεν γίνεται αποδεκτή. Το υλικό έχει ζητηθεί από την κλινική των Μεταμοσχεύσεων προκειμένου να διευκολύνει τη διαδικασία του χειρουργείου κατά τη διάρκεια της μεταμόσχευσης νεφρού. Ο καθετήρας είναι κατασκευασμένος με μήκος 90cm, προκειμένου να καλύπτει μεγαλύτερο εύρος ασθενών λόγω του μεγαλύτερου μήκους και να επιτρέπει την ευκολότερη διαχείριση του κατά τη διενέργεια της χειρουργικής επέμβασης». Στην προκειμένη περίπτωση, η αναθέτουσα Αρχή αιτιολόγησε επαρκώς και νομίμως την απαίτηση για «...», καθώς προορίζεται για εξειδικευμένη χρήση στην κλινική των Μεταμοσχεύσεων, προκειμένου να διευκολύνει την διαδικασία του χειρουργείου κατά την διάρκεια της μεταμόσχευσης νεφρού. Η αναθέτουσα δε, σημειώνει, ότι ο καθετήρας πρέπει να είναι κατασκευασμένος με μήκος 90cm, προκειμένου να καλύπτει μεγαλύτερο εύρος ασθενών - λόγω του μεγαλύτερου μήκους- και να επιτρέπει την ευκολότερη διαχείρισή του κατά την διενέργεια της χειρουργικής επέμβασης. Συνεπώς, η αιτιολογία της αναθέτουσας Αρχής παρίσταται επαρκής και νόμιμη, η δε θέσπιση του συγκεκριμένου όρου και των τεχνικών απαιτήσεων, για το είδος με α/α 54, κρίνεται αναγκαία και σκόπιμη για την επίτευξη του επιδιωκόμενου αποτελέσματος. Υπό τα δεδομένα αυτά, απαραδέκτως η προσφεύγουσα βάλλει κατά της σκοπιμότητας θέσπισης των συγκεκριμένων απαιτήσεων και προσπαθεί να καθορίσει και να προδιαγράψει, αυτή, τα τεχνικά χαρακτηριστικά του προς προμήθεια είδους, με βάση της δικές της επαγγελματικές ανάγκες και δυνατότητες. Απορριπτέοι τυγχάνουν οι

Αριθμός Απόφασης: 1037 /2024

ειδικότεροι ισχυρισμοί, ότι ο επίμαχος όρος είναι «φωτογραφικός» υπέρ της εταιρείας «...». Ισχυρισμοί περί «φωτογραφικής» περιγραφής υπό προμήθεια ειδών, τα οποία κατασκευάζει ή προμηθεύει μία συγκεκριμένη κατονομαζόμενη εταιρεία, και ιδίως το γεγονός της ταύτισης των τεχνικών προδιαγραφών με προϊόντα της εταιρείας αυτής, δεν αρκούν για να θεωρηθεί, ότι οι προδιαγραφές είναι «φωτογραφικές» (ad hoc ΔΕφΘεσ/κης 126/2018, ΣΤΕ 1140/2010, 1024-25/2010), ενώ σε κάθε περίπτωση, από την φύση τους, οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό. Συνεπώς, αορίστως και αναποδεικτως η προσφεύγουσα προβάλλει, ότι οι τεχνικές προδιαγραφές πληρούνται μόνον από είδος που εμπορεύεται η ως άνω εταιρεία. Εν όψει αυτών, ο τέταρτος λόγος της προσφυγής είναι απορριπτέος.

17. Επειδή, αναφορικά με τον πέμπτο λόγο της προσφυγής (ως προς το είδος με α/α 56), λεκτέα τα κάτωθι. Το Παράρτημα Ι, που αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης, για το είδος με α/α 56, ορίζει τα εξής: «...». Η αναθέτουσα, ως προς τον επίμαχο όρο, αναφέρει τα εξής: «Αναφορικά για το είδος με α/α 56 «...» η πρόταση της εταιρίας «...» δεν γίνεται αποδεκτή. Το υλικό έχει ζητηθεί από την κλινική των Μεταμοσχεύσεων ως πιο μαλακό υλικό για τους μεταμοσχευμένους ασθενείς. Το ... σιλικόνης είναι προϊόν κατασκευασμένο από μαλακό υλικό που το καθιστά ικανό να παραμένει στο σώμα του ασθενή για μακρά περίοδο, χωρίς να του δημιουργεί πόνους και το φαινόμενο της συχνουρίας, καθιστώντας τον ασθενή ικανό για να επιστρέψει στην κανονικότητα της καθημερινότητας χωρίς βασικό εμπόδιο την αίσθηση του πόνου. Να σημειωθεί ότι υπάρχουν α/α που ζητούν ... από πολυουρεθάνη (...), στους οποίους η εταιρία ... θα μπορούσε να προσφέρει τα δικά της ... που ήδη πουλάει με την υπάρχουσα προδιαγραφή. (α/α 37 ... με τιμή 15,95ευρώ). Το συγκεκριμένο αφορά ... 12μηνης παραμονής. Τα ... σιλικόνης κατά την διεθνή βιβλιογραφία φαίνεται να εμφανίζουν χαμηλότερα επίπεδα δυσφορίας ή πόνου, δημιουργίας ... ή επασβεστώσεων συγκρινόμενα με τα ... πολυουρεθάνης...». Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, ότι επιθυμεί να προσφέρει, για το επίμαχο είδος, προϊόν κατασκευασμένο από αλιφατική πολυουρεθάνη και με ειδική επικάλυψη από φωσφορουλοχολίνη. Στην προκειμένη περίπτωση, η αναθέτουσα Αρχή αιτιολόγησε επαρκώς και νομίμως την απαίτηση για «... ΣΙΛΙΚΟΝΗΣ 12ΜΗΝΗΣ

Αριθμός Απόφασης: 1037 /2024

ΠΑΡΑΜΟΝΗΣ ΜΕ ΥΔΡΟΦΙΛΟ ΣΥΡΜΑ», καθώς προορίζονται για την κλινική των Μεταμοσχεύσεων. Η δε αναθέτουσα σημειώνει, ότι το ... σιλικόνης είναι προϊόν κατασκευασμένο από μαλακό υλικό, που το καθιστά ικανό να παραμένει στο σώμα του ασθενή για μακρά περίοδο, χωρίς να του δημιουργεί πόνους και το φαινόμενο της συχνουρίας, καθιστώντας τον ικανό να επιστρέψει στην κανονικότητα της καθημερινότητας χωρίς βασικό εμπόδιο την αίσθηση του πόνου. Συνεπώς, η αιτιολογία της αναθέτουσας Αρχής παρίσταται επαρκής και νόμιμη, η δε θέσπιση του συγκεκριμένου όρου και τεχνικών απαιτήσεων, για το είδος με α/α 56, κρίνεται αναγκαία και σκόπιμη για την επίτευξη του επιδιωκόμενου αποτελέσματος. Υπό τα δεδομένα αυτά, απαραδέκτως η προσφεύγουσα βάλλει κατά της σκοπιμότητας θέσπισης των συγκεκριμένων απαιτήσεων και προσπαθεί να καθορίσει και να προδιαγράψει, αυτή, τα τεχνικά χαρακτηριστικά του προς προμήθεια είδους, με βάση της δικές της επαγγελματικές ανάγκες και δυνατότητες. Εν όψει αυτών, ο πέμπτος λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος.

18. Επειδή, αναφορικά με τον έκτο λόγο της προσφυγής (ήτοι, ως προς το είδος με α/α 37), λεκτέα τα κάτωθι. Οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, ότι μη νομίμως η διακήρυξη προβλέπει τιμή, για το επίμαχο είδος, χαμηλότερη του Παρατηρητηρίου Τιμών είναι απορριπτέοι. Τούτο, διότι στο άρθρο 13 του ν 3918/2011 (ΦΕΚ Α 31/02.03.2011) «Διαρθρωτικές αλλαγές στο σύστημα υγείας και άλλες διατάξεις», όπως το δεύτερο εδάφιο αυτού αντικαταστάθηκε με το άρθρο 14 § 7 του ν. 4052/2012 (ΦΕΚ Α 41) ορίζεται, ότι: «Η υποχρέωση προσκόμισης από τους υποψήφιους αναδόχους υπεύθυνης δήλωσης με τις τρεις χαμηλότερες τιμές των προϊόντων ή των υπηρεσιών που προσφέρονται, στα άλλα κράτη - μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης, η οποία προβλέπεται στο εδάφιο 1 της παραγράφου 12 του άρθρου 27 του ν. 3867/2010 (ΦΕΚ 128 Β), καταργείται από την ημερομηνία έναρξης της ισχύος του ν 3867/2010. Στο στάδιο της κατακύρωσης των διαγωνισμών του προγράμματος προμηθειών υπηρεσιών υγείας (ΠΠΥΥ) του 2011 και εφεξής γίνεται σύγκριση των τιμών των οικονομικών προσφορών με αυτές του Παρατηρητηρίου Τιμών, όπως καταγράφηκαν κατά την τελευταία ημέρα της προθεσμίας υποβολής προσφορών ανά διαγωνισμό, εφόσον η ανωτέρω καταληκτική ημερομηνία έπεται της έναρξης ισχύος του άρθρου 24 του ν, 3846/2010. Οι οικονομικές

Αριθμός Απόφασης: 1037 /2024

προσφορές που είναι ανώτερες από τις κατά τα ανωτέρω παραδεκτές τιμές, απορρίπτονται». Εν ολίγοις, το άρθρο 13 του ως άνω Ν. 3918/2011 προδιαγράφει συγκεκριμένη υποχρέωση -σκοπούσα στην διαφάνεια του διαγωνισμού και στον έλεγχο της τήρησης των διατάξεων του ως άνω νόμου- που άγει σε απόρριψη προσφορών σε περίπτωση υπέρβασης των τιμών του Παρατηρητηρίου, και όχι σε περίπτωση τιμών υπολειπόμενων των τιμών του Παρατηρητηρίου. Άλλωστε, και στον όρο 2.4.4 της διακήρυξης ορίζεται, ότι: «Η Οικονομική Προσφορά συντάσσεται με βάση το αναγραφόμενο στην παρούσα κριτήριο ανάθεσης, και σύμφωνα με τα οριζόμενα στο Παράρτημα IV της παρούσης διακήρυξης. Οι οικονομικές προσφορές υποβάλλονται ξεχωριστά ανά προσφερόμενο είδος. Στην προσφορά να αναγράφεται ο αριθμός Παρατηρητηρίου Τιμών στον οποίο αντιστοιχεί το προσφερόμενο είδος .Η προσφερόμενη τιμή δεν πρέπει να ξεπερνά την τιμή του Π.Τ. όπου υπάρχει». Άρα, ο έκτος λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος.

19. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή, να γίνει δεκτή η παρέμβαση καθ' ο μέρος απορρίπτεται η προσφυγή και ν' ακυρωθούν οι προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης, κατά το σκεπτικό.

20. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέβαλε η προσφεύγουσα, κατά τις διατάξεις των άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017.

Αριθμός Απόφασης: 1037 /2024

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την παρέμβαση, καθ' ο μέρος απορρίπτεται η προσφυγή.

Ακυρώνει τους προσβαλλόμενους όρους της διακήρυξης, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 28 Ιουνίου 2024 και εκδόθηκε στις 17 Ιουλίου 2024 στην Αθήνα.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ