

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

Συνήλθε στην έδρα της στις 31 Μαΐου 2021 με την εξής σύνθεση:
Χρήστος Σώκος, Πρόεδρος και Εισηγητής, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 28.04.2021 με ΓΑΚ 903/29.04.2021 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» και διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στο ..., ..., όπως νομίμως εκπροσωπείται, κατά του «ΓΕΝΙΚΟΥ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟΥ ...», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή] και της υπ'αριθμ. .../2021 διακήρυξης.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί ή να τροποποιηθεί η υπ'αριθμ. .../2021 διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει καταβληθεί το ηλεκτρονικό παράβολο με ηλεκτρονικό κωδικό ... ποσού €600,00 , σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64).

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. .../2021 προσβαλλόμενη διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής που δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 13.06.2020 (με συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ...), προκηρύχθηκε δημόσιος ανοιχτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την για την προμήθεια ιατροτεχνολογικού επιστημονικού και λοιπού εξοπλισμού με ανοιχτή διαδικασία, με εκτιμώμενη συνολική αξία όλων των τμημάτων 852.792,80€ με ΦΠΑ (άνω των ορίων) και επίδικου τμήματος για την προμήθεια μηχανημάτων τεχνητού νεφρού 80.000

Αριθμός απόφασης: 1103/2021

ευρώ με ΦΠΑ με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα προσφορά από οικονομική άποψη βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής.

3. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί νόμιμα και εμπρόθεσμα, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017, και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, 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. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθρ. 8 του ΠΔ 39/2017, εντός της προθεσμίας των 10 ημερών από την πραγματική και τεκμαιρόμενη, κατά το άρθρο 361 παρ. 1 του ν. 4412/2016, πλήρη γνώση της διακήρυξης, η οποία συντελέσθηκε στις 28.04.2021.

4. Επειδή, στις 29.04.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη στο άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017 κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής μέσω του συστήματος «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ και παράλληλα απέστειλε στην Α.Ε.Π.Π. τις υπ' αριθμ. πρωτ. .../07.05.2021 απόψεις της, ζητώντας την απόρριψή της, ενώ η προσφεύγουσα κατέθεσε νομίμως και εμπροθέσμως το από 21.05.2021 Υπόμνημά της προς αντίκρουση αυτών.

5. Επειδή, όσον αφορά τη 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 τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή της 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).

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

Αριθμός απόφασης: 1103/2021

συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιαδώς 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 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).

7. Επειδή, η βλάβη, ως βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, πρέπει να προσδιορίζεται ειδικώς (ΣτΕ 1995/2016). Οφείλει, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται τις δυσμενείς μεταβολές που επέρχονται σε βάρος του από την πράξη προς θεμελίωση του έννομου συμφέροντος για άσκηση προσφυγής (βλ. ΣτΕ 3905/2004)

8. Επειδή, προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος της, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι δραστηριοποιείται στην εμπορία των προς προμήθεια ειδών του τμήματος με Α/Α 17 της επίδικης διακήρυξης (ήτοι πέντε (5) μηχανημάτων Τεχνητού Νεφρού και online μεθόδων CPV ...) και ότι επιθυμεί να συμμετάσχει στον εν λόγω διαγωνισμό, πλην όμως στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙ ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ-ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟΥ ΣΥΜΒΑΣΗΣ για το Τμήμα Α.17.ΜΗΧΑΝΗΜΑ ΤΕΧΝΗΤΟΥ ΝΕΦΡΟΥ ΟΝ-LINE ΜΕΘΟΔΩΝ της επίδικης Διακήρυξης (σελ 94-96 αυτής) έχει παραλειφθεί η υπ' αριθμ. 5.β) Τεχνική Προδιαγραφή συστημάτων τεχνητού νεφρού αιμοδιήθησης και αιμοδιαδιήθησης και on line μεθόδων του Εθνικού Κέντρου Αξιολόγησης της Ποιότητας & Τεχνολογίας στην Υγεία (Ε.Κ.Α.Π.Τ.Υ.), με την οποία ορίζεται ότι το μηχάνημα εκτός του να δέχεται φίλτρα αιμοκάθαρσης όλων των εργοστασίων πρέπει υποχρεωτικώς «να δέχεται αρτηριοφλεβικές γραμμές που δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής» και ως εκ τούτου το δικαίωμα συμμετοχής της κωλύεται από τον προσβαλλόμενο όρο ο οποίος αθέμιτα πριμοδοτεί εταιρείες που διακινούν μηχανήματα «κλειστού τύπου».

9. Επειδή, ειδικότερα, όσον αφορά την προσφυγή κατά όρων διακήρυξης, ο

Αριθμός απόφασης: 1103/2021

προσφεύγων πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣτΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, «Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων», Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756). Πλην όμως, η προσφεύγουσα προβάλλει χωρίς να τεκμηριώνει ότι ο πλησόμενος όρος της διακήρυξης την εμποδίζει ή δυσχεραίνει ουσιωδώς την συμμετοχή της στον διαγωνισμό κατά την ανάπτυξη του μοναδικού λόγου της προσφυγής της. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντός της στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙ ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ-ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟΥ ΣΥΜΒΑΣΗΣ για το Τμήμα Α.17.ΜΗΧΑΝΗΜΑ ΤΕΧΝΗΤΟΥ ΝΕΦΡΟΥ ΟΝ-LINE ΜΕΘΟΔΩΝ της Διακήρυξης, πρέπει να συμπεριληφθεί τεχνική προδιαγραφή που να ορίζει ότι το προσφερόμενο μηχάνημα πρέπει να δέχεται αρτηριοφλεβικές γραμμές που δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής, διότι διαφορετικά, η προμήθεια των αναλωσίμων, καθ' όλη τη διάρκεια ζωής των Μηχανημάτων (ιδιοκτησίας πλέον του Νοσοκομείου), αναγκαστικά θα πρέπει να πραγματοποιείται από τον προμηθευτή του μηχανήματος και, πάντως, σε κάθε περίπτωση, σε τιμές που θα καθόριζε αυτός με αποτέλεσμα ο ανάδοχος ευρισκόμενος σε πλεονεκτική θέση έναντι της Αναθέτουσας, θα μπορούσε να διαμορφώσει, κατά το συμφέρον του, το κόστος των αναλωσίμων σε τέτοιο ύψος που ενδέχεται, με την πάροδο του χρόνου, να αποβεί τελικώς δυσαναλόγως υψηλό ή υπέρογκο σε σχέση με το τίμημα για την απόκτηση του μηχανήματος. Όμως, η προσφεύγουσα με τους ανωτέρω ισχυρισμούς της, δεν αποδεικνύει την βλάβη της αλλά επιδιώκει την διαμόρφωση συνθηκών ευνοϊκότερων για τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό προσπαθώντας να τεκμηριώσει το έννομο συμφέρον της σε αναφορές σε μελλοντικό και αβέβαιο κόστος αναλωσίμων, τα οποία μάλιστα δεν αποτελούν και αντικείμενο της επίδικης διακήρυξης. Όμως με το περιεχόμενο τούτο, η υπό εξέταση προσφυγή παρίσταται अपαράδεκτη ως ασκηθείσα χωρίς έννομο συμφέρον, διότι η προσφεύγουσα αορίστως επικαλείται λόγους που θεμελιώνουν το –κατά την έννοια του νόμου-έννομο συμφέρον της, ενώ δεν αποδεικνύει ότι καθίσταται ουσιωδώς δυσχερής η

Αριθμός απόφασης: 1103/2021

συμμετοχή της.

10. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

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

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου ποσού €600,00 με ηλεκτρονικό κωδικό

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 31 Μαΐου 2021 και εκδόθηκε στις 22 Ιουνίου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΞΕΝΟΣ