

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

Συνήλθε στην έδρα της στις 09 Ιουλίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος, Πρόεδρος και Εισηγητής, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος και Ιωάννα Θεμελή σε αναπλήρωση της Αγγελικής Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 04.06.2021 με ΓΑΚ 1154/07.06.2021 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στο Μαρούσι Αττικής, όπως νομίμως εκπροσωπείται,

κατά του «ΓΕΝΙΚΟΥ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟΥ ...», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή] και της υπ' αριθμ. 14/2021 διακήρυξης.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στην Κηφισιά Αττικής, όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατέθεσε την από 17.06.2021 Παρέμβασή της.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...»μ που εδρεύει στην Μεταμόρφωση Αττικής, όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατέθεσε την από 18.06.2021 Παρέμβασή της.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αριθ. 04/2021 Διακήρυξη και το υπ. αριθμ. 9011/11.05.2021 έγγραφο τροποποίησης των τεχνικών προδιαγραφών αυτής που εξέδωσε η αναθέτουσα αρχή και ειδικότερα, οι τεχνικές προδιαγραφές αυτής που αφορούν στα υπό προμήθεια είδη με α/α 1, 4, 6, 9, 10, 22 και 23 του Παραρτήματος II αυτής.

Με τις Παρεμβάσεις τους, οι παρεμβαίνουσες επιδιώκουν την απόρριψη της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

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 €634,00,

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' αριθ. 14/2021 Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε διαγωνισμός κάτω των ορίων με ανοικτή διαδικασία μέσω ΕΣΗΔΗΣ για την προμήθεια του είδους «ΕΝΔΟΦΘΑΛΜΙΟΙ ΦΑΚΟΙ» και «ΑΝΑΛΩΣΙΜΑ ΟΦΘΑΛΜΟΛΟΓΙΚΑ ΓΕΝΙΚΗΣ ΧΡΗΣΗΣ» και με προϋπολογισμό 126.726.90€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. Η Διακήρυξη δημοσιεύθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 10.5.2021 και έλαβε συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ...

3. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 04.06.2021, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017, και κοινοποιήθηκε 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 άρθ. 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 25.05.2021 (ημερομηνία δημοσίευσης διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ 10.05.2021), απορριπτομένων ως αβάσιμων των αντίθετων ισχυρισμών των παρεμβαινουσών.

4. Επειδή, στις 08.06.2021 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. 12022/17.06.2021 απόψεις της, ζητώντας την απόρριψή της, ενώ η προσφεύγουσα κατέθεσε νομίμως και εμπροθέσμως το Υπομνήμά της προς αντίκρουση αυτών.

5. Επειδή, οι παρεμβάσεις έχουν ασκηθεί νομίμως και εμπροθέσμως, δια καταθέσεως στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 17.06.2021 και 18.06.2021, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς «όλους τους συμμετέχοντες» μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, στις 08.06.2021.

6. Επειδή, όσον αφορά τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, η προσφεύγουσα πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τους όρους της διακήρυξης, οι οποίοι παραβιάζουν

κατ' αυτήν 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 της στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣτΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' έκδοση, ΕκδόσειςΣάκκουλα, 2017, σελ. 756).

7. 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 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 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).

8. 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)

9. Επειδή, προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος της, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι δραστηριοποιείται στον τομέα της εμπορίας ιατροτεχνολογικών μηχανημάτων και αναλωσίμων προϊόντων οφθαλμολογίας καθώς και της παροχής συναφών υπηρεσιών υπηρεσιών και προμηθεύει τα προϊόντα της τόσο σε δημόσια όσο και ιδιωτικά νοσοκομεία, όσο και λοιπούς φορείς παροχής υπηρεσιών υγείας,

επιθυμούσε να συμμετάσχει στην ως άνω διαγωνιστική διαδικασία και να υποβάλει προσφορά ως προς τα είδη της διακήρυξης με α/α 1, 4, 6, 9, 10, 22 και 23, αποσκοπώντας στην κατακύρωση υπέρ αυτής της σχετικής σύμβασης, πλην όμως η συμμετοχή της στην ως άνω διαγωνιστική διαδικασία κατέστη αδύνατη εξαιτίας των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης ως προς τα είδη αυτά και τελικά δεν υπέβαλε προσφορά ούτε με επιφύλαξη.

10. 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 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 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 στρέφεται κατά των τεχνικών προδιαγραφών των ειδών με α/α 1, 4, 6, 9, 10, 22 και 23 και ισχυρίζεται ότι πρέπει να αλλάξουν διότι η ίδια διαθέτει είδη που αφορούν την ίδια χρήση αλλά τα χαρακτηριστικά τους αποκλίνουν ελαφρώς από τα τιθέμενα με τους προσβαλλόμενους όρους της Διακήρυξης, οι οποίοι είναι εξαιρετικά λεπτομερείς και δεν προβλέπουν μία μικρή διαφοροποίηση σε εύρος τιμών. Όμως, η προσφεύγουσα με τους ανωτέρω ισχυρισμούς της, δεν αποδεικνύει ότι οι πλησσόμενοι όροι προσκρούουν στο νόμο αλλά επιδιώκει την διαμόρφωση συνθηκών ευνοϊκότερων για τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό προσπαθώντας να τροποποιήσει τις τεχνικές προδιαγραφές με βάση τα τεχνικά χαρακτηριστικά των δικών της προσφερόμενων ειδών και όχι με βάση τις ανάγκες της αναθέτουσας αρχής. Όμως με το περιεχόμενο τούτο, οι υπό κρίση αιτιάσεις κατά των τεχνικών προδιαγραφών των ειδών με α/α 1, 4, 6, 9, 10, 22 και 23 παρίστανται απαράδεκτες ως ασκηθείσες χωρίς έννομο συμφέρον, διότι η προσφεύγουσα αορίστως επικαλείται λόγους που θεμελιώνουν το –κατά την έννοια του νόμου-έννομο συμφέρον της.

11. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να γίνουν δεκτές οι παρεμβάσεις.

12. 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.

Δέχεται τις παρεμβάσεις

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου .

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 9 Ιουλίου 2021 και εκδόθηκε στις 28 Ιουλίου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ

Ο Γραμματέας

ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΞΕΝΟΣ