

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

Συνήλθε στην έδρα της στις 8 Οκτωβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 31.08.2020 με ΓΑΚ 1203/31.08.2020 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «.....», και διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στην οδόκαι,, όπως νομίμως εκπροσωπείται,

κατά του «ΓΕΝΙΚΟΥ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟΥ», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή] και της με αριθμ. Διακήρυξης.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ'αριθμ. πρωτ. 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 υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με ηλεκτρονικό κωδικό (βλ. και απόδειξη πληρωμής τηςτης 18.08.2020) ποσού €605,00 , 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. πρωτ. προσβαλλόμενη διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής που δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 06.08.2020 και έλαβε ΑΔΑ (με συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ), προκηρύχθηκε δημόσιος ανοιχτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός μέσω ΕΣΗΔΗΣ για την ανάθεση της σύμβασης για την προμήθεια Ιατρικού Εξοπλισμού για τις ανάγκες του Γ.Ν., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής για τα Υποέργα 1, 4 & 5 της Πράξης «Προμήθεια Ιατρικού Εξοπλισμού του Γ.Ν.», με κωδικό ΟΠΣ

Αριθμός απόφασης: 1349/2020

..... και σύνολο προϋπολογισμού Υποέργων 1, 4 & 5: 585.000,00€.

3. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί νόμιμα και εμπρόθεσμα, με κατάθεση μέσω του συστήματος «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ την 01.09.2020, ήτοι εντός της, προβλεπόμενης στο άρθρο 3.4 της διακήρυξης, προθεσμίας των δέκα (10) ημερών από την πραγματική και τεκμαιρόμενη, κατά το άρθρο 361 παρ. 1 του ν. 4412/2016, πλήρη γνώση της διακήρυξης, η οποία συντελέσθηκε την 21.08.2020.

4. Επειδή, στις 01.09.2020 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη στο άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017 κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής στην κεντρική σελίδα του διαγωνισμού και παράλληλα απέστειλε στην Α.Ε.Π.Π. τις υπ'αριθμ. πρωτ. Β.19073/11.09.2020 απόψεις της, ζητώντας την απόρριψή της, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στην προσφεύγουσα στις 14.09.2020.

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 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).

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 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

Αριθμός απόφασης: 1349/2020

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 αγορά αιμοδιύλισης και παράγει μηχανήματα και διαλύματα αιμοκάθαρσης, προσφέροντας ολοκληρωμένες νεφρικές θεραπείες και προτίθεται να συμμετάσχει για το υπό Γ' Τμήμα (Υποέργο 5) του Διαγωνισμού το οποίο αντιστοιχεί στην προμήθεια 10 μηχανημάτων αιμοκάθαρσης, αιμοδιήθησης-αιμοδιαδιήθησης και on line μεθόδων συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 120.967,74 € προ ΦΠΑ και 150.000,00 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ ύψους 29.032,26 €, η περιγραφή των οποίων όμως προκαλεί άμεση βλάβη στα συμφέροντα της καθώς παραβιάζει τα εφαρμοστέα κριτήρια σε σημείο που να αποκλείει τη συμμετοχή της στο Διαγωνισμό για το εν λόγω Τμήμα.

9. 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 αορίστως προβάλλει χωρίς να τεκμηριώνει ότι οι πλησόμενοι όροι της διακήρυξης την εμποδίζουν ή δυσχεραίνουν ουσιωδώς την συμμετοχή της στον διαγωνισμό στην εισαγωγή της προσφυγής της και κατά την ανάπτυξη των επιμέρους λόγων της. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντός της επί λέξει ότι *«προτίθεται να προσφέρει σύστημα αιμοκάθαρσης τεχνητού νεφρού της πλέον σύγχρονης τεχνολογίας, με έτος πρώτης κατασκευής το 2019. Το προσφερόμενο μοντέλο δεν έχει εγκατασταθεί μέχρι στιγμής σε Μονάδες Τεχνητού*

Αριθμός απόφασης: 1349/2020

Νεφρού του Δημοσίου τομέα. Η συμπερίληψη της εν λόγω τεχνικής προδιαγραφής-κριτηρίου ανάθεσης περί μη κάλυψης από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής στην προσβαλλόμενη Διακήρυξη αποκλείει εκ προοιμίου και συλλήβδην όλα τα δυνητικά προσφερόμενα συστήματα αιμοκάθαρσης τεχνητού νεφρού της πλέον σύγχρονης τεχνολογίας, τα οποία αυτονοήτως διασφαλίζουν σημαντικότερα θεραπευτικά πλεονεκτήματα για τους ασθενείς της Αναθέτουσας Αρχής, με αποτέλεσμα να προκρίνονται μόνο τα μηχανήματα παλαιότερης τεχνολογίας, στερώντας τοιουτοτρόπως τους ασθενείς από την χρήση μηχανημάτων Τεχνητού Νεφρού με τα πλέον σύγχρονα, εξελισσόμενα και σημαντικότερα θεραπευτικά πλεονεκτήματα. [...]στο υπό 23 εδάφιο β' όρο της προσβαλλόμενης Διακήρυξης της Αναθέτουσας Αρχής προβλέπεται η προϋπόθεση ότι «Τα αναλώσιμα υλικά για την διεξαγωγή των ως άνω μεθόδων δεν θα πρέπει να καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής». Η ανωτέρω διατύπωση του επίμαχου όρου, ωστόσο, οδηγεί σε de facto αδυναμία μας να υποβάλλουμε προσφορά στον επίμαχο Διαγωνισμό, αποστερώντας την δυνατότητα σε όλες τις εταιρείες των οποίων τα αναλώσιμα υλικά καλύπτονται από το εργοστασιακό απόρρητο να συμμετάσχουν στον εν θέματι Διαγωνισμό.[...]. Αναφορικά με την προδιαγραφή της ενσωμάτωσης συστήματος εφαρμογής αιμοκάθαρσης με Μονή Βελόνα τόσο με μία, όσο και με δύο αντλίες. (τεχνική προδιαγραφή-κριτήριο 8),[...] η Αναθέτουσα Αρχή κατά παράβαση της αρχής της ισότιμης μεταχείρισης και της αναλογικότητας δεν θέτει ως διαζευκτικό κριτήριο την ύπαρξης μονής βελόνης με μία ή δύο αντλίες».

Με τους ανωτέρω ισχυρισμούς της όμως η προσφεύγουσα δεν αποδεικνύει την βλάβη της αλλά επιδιώκει την διαμόρφωση συνθηκών ευνοϊκότερων για τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό. Όμως με το περιεχόμενο τούτο, η υπό εξέταση προσφυγή παρίσταται απαράδεκτη 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 ένας έκαστος εκ των λόγων καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή της ή εν γένει περιορίζει τον ανταγωνισμό ή/και ενδεχομένως παρέχει πλεονέκτημα σε κάποιον έτερο δυνητικό υποψήφιο.

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

Αριθμός απόφασης: 1349/2020

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 €605,00 με κωδικό

.....

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 08 Οκτωβρίου 2020 και εκδόθηκε στις 26 Οκτωβρίου 2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΞΕΝΟΣ