

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 26 Νοεμβρίου 2020, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος, Κωνσταντίνος Κορομπέλης και Ελισσάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 19.10.2020 (ημερομηνία κατάθεσης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) και με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1504/19-10-2020 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «*****», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ***** , όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «*****», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την Προδικαστική της Προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση όρων της υπ' αριθ. ***** για τις ανάγκες του ****», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, με δικαίωμα παράτασης μέχρι την εξάντληση των ποσοτήτων και όχι πέραν του ενός (1) έτους, ή/και δυνατότητα ενεργοποίησης δικαιώματος προαίρεσης μέχρι και το 50% της συνολικής προκηρυχθείσας ποσότητας ανά είδος, ενώ επιπλέον, αιτείται όπως ανασταλεί η πρόοδος του διαγωνισμού μέχρι την έκδοση απόφασης επί της παρούσας, αίτημα το οποίο έγινε δεκτό με την υπ' αριθ. ***** ΑΕΠΠ με την οποία ανεστάλη η περαιτέρω πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας αναφορικά με την προμήθεια «***** για τις ανάγκες ****» και μόνον για τα Είδη με α/α 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 10, 11, 19, 20, 21, 22, 24, 25, 26 και 27, μέχρι την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής και ορίστηκε ως κατάλληλο μέτρο η μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών μετά είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία ορισμού εξέτασης της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής στις 26.11.2020.

Αριθμός απόφασης: 1613 / 2020

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή, Κωνσταντίνο Κορομπέλη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,

σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64), ποσού 1.216,12 ευρώ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ****), για τα Είδη με α/α 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 10, 11, 19, 20, 21, 22, 24, 25, 26 και 27, για τα οποία ασκείται η παρούσα, προϋπολογιζόμενης δαπάνης 243.223,90 ευρώ χωρίς Φ.Π.Α.

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. **** προκηρύχθηκε η διενέργεια ανοικτού, δημόσιου, ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την ανάθεση της σύμβασης προμήθειας «**** για τις ανάγκες του ****», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, με δικαίωμα παράτασης μέχρι την εξάντληση των ποσοτήτων και όχι πέραν του ενός (1) έτους, ή/και δυνατότητα ενεργοποίησης δικαιώματος προαίρεσης μέχρι και το 50% της συνολικής προκηρυχθείσας ποσότητας ανά είδος, συνολικού προϋπολογισμού 306.363,90 €, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., η οποία καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 02.10.2020 και με ΑΔΑΜ ****, καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό με α/α ****.

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του ανωτέρω αντικείμενου του (προμήθεια), της ιδιότητας του ***** ως αναθέτουσας αρχής, ανήκουσας στη Γενική Κυβέρνηση, τομέας υγείας και του χρόνου αποστολής (25.09.2020) της Διακήρυξης προς δημοσίευσης στη Ε.Ε.Ε.Ε. (άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 του Ν. 4412/2016), εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και του Βιβλίου Ι (άρθρο 3 - 221), καθώς και στις οικείες διατάξεις του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ενώ έχει γίνει

Αριθμός απόφασης: 1613 / 2020

χρήση και του τυποποιημένου εντύπου (άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017). Περαιτέρω, η υπό εξέταση Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με την παρ. 1 (γ) του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 (γ) του Π.Δ. 39/2017, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη αναρτήθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ στις 02.10.2020 και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 19.10.2020, ήτοι εντός της δεκαήμερης προβλεπόμενης προθεσμίας από την πλήρη γνώση αυτής, η οποία και έλαβε χώρα στις 12.10.2020, ως η προσφεύγουσα συνομολογεί (Μέρος 9(Δ), σελίδα 3 της Προσφυγής).

4. Επειδή, σε περίπτωση άσκησης Προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι παραδεκτώς προσβάλλονται αυτοί κατ' άρθρο 360 του Ν. 4412/2016, αφού το δικαίωμα άσκησης αυτής, επιφυλάσσεται σε όποιον έχει εν γένει συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση, άρα και σε όποιον ενδιαφέρεται για συμμετοχή σε διαγωνισμό και όχι απλά έχει υποστεί, αλλά και ενδέχεται να υποστεί ζημία από την προσβαλλόμενη πράξη, γεγονός που στην περίπτωση της προσβολής όρων διακήρυξης καλύπτει και όποιον προτίθεται μεν να υποβάλει προσφορά, πλην, όμως, η μη νομιμότητα ή ασάφεια των όρων της διακήρυξης ενδέχεται να οδηγήσουν στον αποκλεισμό της προσφοράς του, άρα στην ατελέσφορη υποβολή προσφοράς ή σε συμμετοχή του σε διαδικασία παραβιάζουσα τις αρχές της ισότητας, της διαφάνειας και ιδίως του αποτελεσματικού ανταγωνισμού. Ετέρωθεν, όπως έχει κριθεί, με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή τους στο διαγωνισμό για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης, οι διαγωνιζόμενοι αποδέχονται πλήρως τη νομιμότητα των όρων της διακήρυξης, με βάση τους οποίους διενεργείται ο διαγωνισμός και διαμορφώνονται οι υποβαλλόμενες προσφορές. Ως εκ τούτου, και για λόγους ασφάλειας του δικαίου, δεν είναι επιτρεπτή η εκ μέρους τους παρεμπίπτουσα, εκ των υστέρων, αμφισβήτηση του κύρους των όρων της διακήρυξης, την οποία δεν έχουν προσβάλει ευθέως εντός της προθεσμίας για την άσκηση της αίτησης ακύρωσης, με την ευκαιρία της προσβολής των μεταγενέστερων πράξεων της διαγωνιστικής διαδικασίας, ανεξαρτήτως του αν οι όροι αυτοί, σύμφωνα με τους

Αριθμός απόφασης: 1613 / 2020

προβαλλόμενους ισχυρισμούς, αντίκεινται σε υπερκείμενους κανόνες δικαίου, όπως σε κανόνες του Συντάγματος ή του κοινοτικού δικαίου ή αντιβαίνουν σε αναγκαστικού δικαίου διατάξεις της κοινής νομοθεσίας (ΣτΕ 1667/2011 Ολομ., 1970/2014, 1078/2014 κ.ά.). Εν προκειμένω, η εταιρεία «*****» και ώδε προσφεύγουσα στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι δραστηριοποιείται στο χώρο του αντικειμένου του υπό εξέταση διαγωνισμού και προτίθεται να συμμετάσχει σε αυτόν, έχει άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον, όπως ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη και οι προαναφερόμενοι όροι της Διακήρυξης, αφού υφίσταται ζημία και πλήττεται η συμμετοχής της στο διαγωνισμό αυτόν αναφορικά με τα είδη με α/α 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 10, 11, 19, 20, 21, 22, 24, 25, 26 και 27, για τα οποία ασκείται η παρούσα, δοθέντος ότι οι θεσπιζόμενες τεχνικές προδιαγραφές ως προς τα είδη αυτά είναι παράνομες και αντίθετες με τις αρχές του υγιούς ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, για τους αναφερόμενους στην Προσφυγή της λόγους. Ετέρωθεν, εν γένει παραδεκτώς και με πρόδηλο έννομο συμφέρον παρεμβαίνει, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017, η εταιρεία με την επωνυμία «*****», για τα είδη με α/α 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 10, 11, αφού, ομοίως, δραστηριοποιείται στο χώρο του αντικειμένου του υπό εξέταση διαγωνισμού και προτίθεται να συμμετάσχει σε αυτόν και συνεπώς, παραδεκτώς αιτείται όπως διατηρηθεί η προσβαλλόμενη απόφαση αυτή, ενώ η Παρέμβασή της ασκείται εμπροθέσμως, καθόσον η υπό κρίση Προσφυγή κοινοποιήθηκε στην παρεμβαίνουσα μέσω του συστήματος επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 19.10.2020 και η Παρέμβασή της ασκήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 29.10.2020, ήτοι εντός της νόμιμης δεκαήμερης προθεσμίας, κατά τις προρρηθείσες διατάξεις. Κατ' ακολουθίαν, η υπό κρίση Προσφυγή και η ασκηθείσα επ' αυτής Παρέμβαση είναι τυπικά παραδεκτές και θα πρέπει να εξεταστούν στην ουσία τους.

5. Επειδή, παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 365 «Διαδικασία εξέτασης της προσφυγής» του Ν. 4412/2016, ως έχει

Αριθμός απόφασης: 1613 / 2020

τροποποιηθεί και ισχύει με το άρθρο 43 παρ. 42 του Ν. 4605/2019 (ΦΕΚ Α' 52), η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αριθ. πρωτ 45848/27.10.2020 έγγραφό της, το οποίο αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την αυτή ημερομηνία, ήτοι εντός δέκα (10) ημερών από την ημέρα κατάθεσης της προσφυγής, εκφράζει τις απόψεις της επί των λόγων αυτής, υποστηρίζοντας ότι αναφορικά με τις τεχνικές προδιαγραφές της προσβαλλόμενης Διακήρυξης έλαβε χώρα δημόσια διαβούλευση, στην οποία δε συμμετείχε η προσφεύγουσα, ενώ ουδέν αναφέρει επί της ουσίας των ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Περαιτέρω, παραδεκτως η προσφεύγουσα εταιρεία υπέβαλε στις 19.11.2020 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού το Υπόμνημά της, ήτοι προ πέντε (5) ημερών από την ημερομηνία εξέτασης της παρούσας (26.11.2020), σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, αιτούμενη ό,τι και στην Προσφυγή της.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη τυγχάνει ακυρωτέα, καθώς παραβιάζει το εθνικό και ενωσιακό νομοθετικό πλαίσιο των διαγωνισμών δημόσιων προμηθειών και κυκλοφορίας ιατροτεχνολογικών προϊόντων και την αρχή του υγιούς και ελεύθερου ανταγωνισμού, καθώς, παρά το γεγονός ότι ο διαγωνισμός διεξάγεται με το σύστημα αποκλειστικά και μόνο της χαμηλότερης τιμής, ζητούνται σε υλικά πρόσθετες προδιαγραφές της σήμανσης **** με αποτέλεσμα να αποκλείονται ή δυσχεραίνεται σημαντικά η συμμετοχή εταιρειών που δεν καλύπτουν τους όρους και τις προϋποθέσεις αυτές και εμποδίζεται η ελεύθερη κυκλοφορία προϊόντων που φέρουν σήμανση ****. Ειδικότερα, αναφέρει ότι το Παράρτημα Ι με Α/Α 2 της Διακήρυξης αιτείται εργαλεία ευθείας συρραφής - διατομής - αναστόμωσης ιστών με δυνατότητα άρθρωσης σε δέκα προκαθορισμένες θέσεις και τα οποία να δέχονται κεφαλές ημικυκλίου και στους Α/Α 3, 4, 5, 6 και 7 τις ανταλλακτικές τους κεφαλές οι οποίες θα πρέπει να διαθέτουν νέα κοπτική λάμα από ενισχυμένο ανοξείδωτο ατσάλι **** και επιπλέον στο Α/Α 7, η ανταλλακτική κεφαλή να είναι ημικυκλίου, όμως οι συγκεκριμένες προδιαγραφές α) για δυνατότητα άρθρωσης σε δέκα προκαθορισμένες θέσεις και για κεφαλές

Αριθμός απόφασης: 1613 / 2020

ημικυκλίου (στον A/A 2), β) για ανοξείδωτο ατσάλι **** (στους A/A 3, 4, 5, 6 και 7) και γ) ανταλλακτική κεφαλή να είναι ημικυκλίου (στον A/A 7), βαίνουν πέραν των ελάχιστων απαιτήσεων υπό τη σήμανση ****, αφού στην αγορά κυκλοφορούν εργαλεία ευθείας συρραφής - διατομής - αναστόμωσης ιστών και ανταλλακτικές κεφαλές αυτών, α) με δυνατότητα άρθρωσης σε προκαθορισμένες θέσεις ή σε μη προκαθορισμένες θέσεις, ήτοι όπου επιθυμεί ο χειρουργός, β) με κεφαλές ημικυκλίου ή ευθείες και γ) με κοπτική λάμα από ενισχυμένο ανοξείδωτο ατσάλι οποιοσδήποτε τύπου που προορίζονται για την ίδια ακριβώς χρήση και επιτελούν την ίδια ακριβώς λειτουργία και τα οποία φέρουν σήμανση **** και ως εκ τούτου οι προδιαγραφές στους κωδικούς A/A 2, 3, 4, 5, 6 και 7 της διακήρυξης για α) προκαθορισμένες θέσεις άρθρωσης (A/A 2), β) για κεφαλές ημικυκλίου (A/A 2 και 7) και γ) για κοπτική λάμα από ενισχυμένο ανοξείδωτο ατσάλι **** (A/A 3, 4, 5, 6 και 7) αποτελούν πρόσθετες, της σήμανσης ****, προδιαγραφές και βάσει όλων των ανωτέρω τίθενται παρανόμως, αφού κείνται πέραν του **** και ο διαγωνισμός διενεργείται με κριτήριο ανάθεσης αποκλειστικά και μόνο τη χαμηλότερη τιμή, χωρίς μάλιστα να προκύπτει ότι το καθ' ου η αίτηση **** ενημέρωσε προηγουμένως τον αρμόδιο **** για την ανάγκη επιβολής τους, ώστε να κινηθεί και ολοκληρωθεί η οριζόμενη στην ανωτέρω οδηγία και υπουργική απόφαση διαδικασία διασφάλισης. Περαιτέρω, κατά το μέρος που το Παράρτημα I της Διακήρυξης με A/A στους A/A 8 και 10, αιτείται εργαλεία ευθείας συρραφής ιστών και στους A/A 9 και 11 τις ανταλλακτικές τους κεφαλές, με αγκτήρες (κλιπς) ορθογώνιας διατομής, αυτές βαίνουν πέραν των ελάχιστων απαιτήσεων υπό τη σήμανση ****, αφού στην αγορά κυκλοφορούν συρραπτικά με δύο τύπους αγκτήρων (κλιπς), ορθογώνιας και κυκλικής διατομής, τα οποία ανεξάρτητα από σχήμα της διατομής του αγκτήρα (κλιπ) τους (ορθογώνιο ή κυκλικό), προορίζονται για την ίδια ακριβώς χρήση και επιτελούν την ίδια ακριβώς λειτουργία και τα οποία φέρουν σήμανση **** και ως εκ τούτου οι προδιαγραφές αυτές αποτελούν πρόσθετες, της σήμανσης ****, προδιαγραφές που τίθενται παρανόμως, αφού ο διαγωνισμός διενεργείται με κριτήριο ανάθεσης αποκλειστικά και μόνο τη χαμηλότερη τιμή, χωρίς μάλιστα να προκύπτει ότι το καθ' ου η αίτηση ****

Αριθμός απόφασης: 1613 / 2020

ενημέρωσε προηγουμένως τον αρμόδιο **** για την ανάγκη επιβολής τους, ώστε να κινηθεί και ολοκληρωθεί η οριζόμενη στην ανωτέρω οδηγία και υπουργική απόφαση διαδικασία διασφάλισης. Επιπλέον, κατά το μέρος που το Παράρτημα Ι της Διακήρυξης με Α/Α στους Α/Α 19, 20, 21, 22, 24, 25, 26 και 27, αιτείται συρραπτικά εργαλεία (ευθύγραμμα επαναφορτιζόμενα εργαλεία διατομής/αναστόμωσης και ηλεκτροκίνητους κοπτοράπτες) και τα ανταλλακτικά τους που να διαθέτουν κλιπ κράματος τιτανίου στο οποίο να περιέχεται 2,5% βανάδιο - 3% αλουμίνιο, βαίνουν πέραν των ελάχιστων απαιτήσεων υπό τη σήμανση ****, αφού στην αγορά κυκλοφορούν ευθύγραμμα επαναφορτιζόμενα εργαλεία διατομής/αναστόμωσης και ηλεκτροκίνητοι κοπτοράπτες με κλιπ κράματος τιτανίου τα οποία διαθέτουν πολλές και διάφορες περιεκτικότητες σε άλλα μέταλλα και τα οποία ανεξάρτητα από το ποια μέταλλα και σε ποιες ποσότητες περιέχονται στα κλιπ κράματος τιτανίου που διαθέτουν, προορίζονται για την ίδια ακριβώς χρήση και επιτελούν την ίδια ακριβώς λειτουργία και τα οποία φέρουν σήμανση **** και ως εκ τούτου οι προδιαγραφές αυτές αποτελούν πρόσθετες, της σήμανσης ****, προδιαγραφές που τίθενται παρανόμως, αφού ο διαγωνισμός διενεργείται με κριτήριο ανάθεσης αποκλειστικά και μόνο τη χαμηλότερη τιμή, χωρίς μάλιστα να προκύπτει ότι το καθ' ου η αίτηση **** ενημέρωσε προηγουμένως τον αρμόδιο **** για την ανάγκη επιβολής τους, ώστε να κινηθεί και ολοκληρωθεί η οριζόμενη στην ανωτέρω οδηγία και υπουργική απόφαση διαδικασία διασφάλισης. Τέλος, υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι κατά το μέρος που το Παράρτημα Ι της Διακήρυξης με Α/Α 19 και 21 αιτείται ευθύγραμμα επαναφορτιζόμενα εργαλεία διατομής/αναστόμωσης και στους Α/Α 20 και 22 τις ανταλλακτικές τους κεφαλές, τα οποία να δέχονται κασέτες με έξι γραμμές συρραφής, οι προδιαγραφές αυτές βαίνουν πέραν των ελάχιστων απαιτήσεων υπό τη σήμανση ****, αφού στην αγορά κυκλοφορούν ευθύγραμμα επαναφορτιζόμενα εργαλεία διατομής/αναστόμωσης που δέχονται κασέτες με έξι γραμμές συρραφής και άλλα που δέχονται κασέτες με τέσσερις γραμμές συρραφής λειτουργία, τα οποία φέρουν σήμανση **** και τα οποία και ανεξάρτητα από εάν δέχονται κασέτες με έξι ή με τέσσερις γραμμές συρραφής, προορίζονται για την ίδια

Αριθμός απόφασης: 1613 / 2020

ακριβώς χρήση και επιτελούν την ίδια ακριβώς λειτουργία και επομένως οι προδιαγραφές αυτές που ορίζουν ότι απαιτούνται ευθύγραμμα επαναφορτιζόμενα εργαλεία διατομής/αναστόμωσης με τις ανταλλακτικές τους κεφαλές, τα οποία να δέχονται κασέτες με *έξι γραμμές συρραφής*, αποτελούν πρόσθετες, της σήμανσης ****, προδιαγραφές που τίθενται παρανόμως, αφού ο διαγωνισμός διενεργείται με κριτήριο ανάθεσης αποκλειστικά και μόνο τη χαμηλότερη τιμή, χωρίς μάλιστα να προκύπτει ότι το καθ' ου η αίτηση **** ενημέρωσε προηγουμένως τον αρμόδιο **** για την ανάγκη επιβολής τους, ώστε να κινηθεί και ολοκληρωθεί η οριζόμενη στην ανωτέρω οδηγία και υπουργική απόφαση διαδικασία διασφάλισης.

7. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 18 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 «1. 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 και λαμβάνουν τα απαραίτητα μέτρα, ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος βιβλίου (άρθρα 222 έως 338) 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», ενώ το άρθρο 53 παρ. 2 περ. ια' του Ν. 4412/2016 «περιεχόμενο των εγγράφων της σύμβασης» ορίζει ότι: «Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. [...]. Τα έγγραφα της σύμβασης, πλην της προκήρυξης σύμβασης του άρθρου 63 και της προκαταρκτικής προκήρυξης του άρθρου 62 σε περίπτωση που χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης του διαγωνισμού, περιέχουν ιδίως: [...] ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά

Αριθμός απόφασης: 1613 / 2020

(προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης [...] ιη) όλους τους ειδικούς και γενικούς όρους για την εκτέλεση της σύμβασης, ιδίως δε την υποχρέωση της παρ. 2 του άρθρου 18 και τους όρους πληρωμής [...]». Επέκεινα, σύμφωνα με το άρθρο 54 «τεχνικές προδιαγραφές» του Ν. 4412/2016 (άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), ορίζεται ότι «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται στην περίπτωση 1 του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α` παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών [...]. 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 εθνικά πρότυπα που αποτελούν μεταφορά ευρωπαϊκών πρότυπων, 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», γ) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις κατά τα οριζόμενα στην περίπτωση α`, με παραπομπή, ως τεκμήριο συμβατότητας προς τις εν λόγω επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, στις τεχνικές προδιαγραφές που

Αριθμός απόφασης: 1613 / 2020

αναφέρονται στην περίπτωση β', δ) με παραπομπή στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' για ορισμένα χαρακτηριστικά και με παραπομπή στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις που αναφέρονται στην περίπτωση α' για ορισμένα άλλα χαρακτηριστικά 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. Η εν λόγω μνεία επιτρέπεται, κατ' εξαίρεση, όταν δεν είναι δυνατόν να γίνει επαρκώς προσδιορισμένη και κατανοητή περιγραφή του αντικείμενου της σύμβασης κατ' εφαρμογή της παρ. 3. Η εν λόγω μνεία συνοδεύεται από τον όρο «ή ισοδύναμο» και το άρθρο 75 «Κριτήρια επιλογής» (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ορίζει ότι «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης». Τέλος στο Παράρτημα VII του Προσαρτήματος Α' του Ν. 4412/2016, όπως ενσωματώθηκε από την οικεία Οδηγία 2014/24/ΕΕ, περ. 1 υποπερ. β ως τεχνική προδιαγραφή ορίζεται ότι «[...] β) όταν πρόκειται για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών ή υπηρεσιών: η προδιαγραφή που περιέχεται σε έγγραφο το οποίο προσδιορίζει τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά ενός προϊόντος ή μιας υπηρεσίας, όπως τα επίπεδα ποιότητας, τα επίπεδα της περιβαλλοντικής

Αριθμός απόφασης: 1613 / 2020

και κλιματικής επίδοσης, ο σχεδιασμός για όλες τις απαιτήσεις (συμπεριλαμβανομένης της δυνατότητας πρόσβασης για τα άτομα με αναπηρία), και η αξιολόγηση της συμμόρφωσης, της καταλληλότητας, της χρήσης του προϊόντος, της ασφάλειας ή των διαστάσεών του, συμπεριλαμβανομένων των απαιτήσεων που ισχύουν για το προϊόν όσον αφορά την ονομασία πώλησης, την ορολογία, τα σύμβολα, τις δοκιμές και μεθόδους δοκιμών, τη συσκευασία, τη σήμανση και την επίθεση ετικετών, τις οδηγίες για τους χρήστες, τις διαδικασίες και μεθόδους παραγωγής σε οποιοδήποτε στάδιο του κύκλου ζωής του αγαθού ή της υπηρεσίας, καθώς και τις διαδικασίες αξιολόγησης της συμμόρφωσης».

8. Επειδή, όπως γίνεται δεκτό, οι κανονιστικές ρυθμίσεις, όπως οι θεσπιζόμενοι με την διακήρυξη διαγωνισμού όροι, δεν χρήζουν, ως εκ της φύσεώς τους, αιτιολογίας (βλ. Επ. Αν. ΣΤΕ 918/2003, 876/2004), η Διοίκηση είναι, κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακηρύξεως ως προς τα προς προμήθεια είδη, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη, ενώ θα πρέπει να θεωρείται ότι απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό η σκοπιμότητα της θεσπίσεως επί μέρους όρων και τεχνικών προδιαγραφών (βλ. Επ. Αν. ΣΤΕ 434/2008). Και τούτο διότι όταν ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επικαλείται λόγους με τους οποίους επιχειρεί, υπό την μορφή γενικής αμφισβήτησης της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, βάση δικών του εκτιμήσεων, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, αυτοί οι λόγοι είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. Επ. Αν. ΣΤΕ 307/2007). Ετέρωθεν και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές ελέγχονται από την άποψη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣΤΕ 189/2015, ΕΑ ΣΤΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.), σε κάθε δε περίπτωση θα πρέπει να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και να μην εισάγουν

Αριθμός απόφασης: 1613 / 2020

αδικοιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, υπό την έννοια ότι οφείλουν να αποφεύγουν διατάξεις που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, μέσω της ενσωμάτωσης σε αυτή χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου, ούτε να συνεπάγονται αδικοιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη του ανταγωνισμού (βλ. ΕΣ 2402/2010). Συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή έχει την ευχέρεια να καθορίσει τις προϋποθέσεις συμμετοχής, σύμφωνα με το ενωσιακό και εθνικό δίκαιο, του διαγωνισμού με δύο βασικούς περιορισμούς: (α) να μην περιορίζεται ο ελεύθερος και ανόθευτος ανταγωνισμός και η ευρεία συμμετοχή σε διαγωνιστικές διαδικασίες μέσω της επιβολής προδιαγραφών που συρρικνώνουν την ελεύθερη αγορά και (β) να τίθενται κατά τέτοιο τρόπο στο κείμενο της διακήρυξης, ώστε να είναι αρκετά ακριβείς και να μην καταλείπεται οιαδήποτε αμφιβολία στους προσφέροντες ως προς την κατανόηση και τον προσδιορισμό του αντικείμενου και των απαιτήσεων της διακήρυξης. Επιπρόσθετα, κάθε αναθέτουσα αρχή στις περιπτώσεις αυτές πρέπει να λαμβάνει υπόψη το κριτήριο της αναλογικότητας υπό την έννοια ότι τυχόν περιοριστικά μέτρα που τίθενται με τους όρους της διακήρυξης μπορούν να θεωρηθούν ότι συμβιβάζονται με το ενωσιακό δίκαιο μόνον εάν μπορεί να αποδειχθεί ότι: (α) έχουν οριστεί για την εξυπηρέτηση θεμιτού σκοπού δημόσιας τάξης που έχει τεθεί προς το γενικό συμφέρον, (β) εφαρμόζονται κατά τρόπο που δεν δημιουργεί διακρίσεις, (γ) είναι κατάλληλα για την επίτευξη αυτού του επιδιωκόμενου σκοπού και (δ) δεν είναι δεσμευτικά πέραν του βαθμού που είναι αναγκαίος για την επίτευξη του σκοπού (βλ. ΔΕΚ απόφαση της 3^η Φεβρουαρίου 1993 Vereniging Veronica Omroep Organisatie κατά Commissariaat voor de Media, C-148/91, σκ. 9, Dieter Kraus κατά Land Baden-Wurttemberg, C-19/92, σκ. 32). Με άλλα λόγια η αναθέτουσα αρχή είναι εκείνη που καθορίζει το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των υποψηφίων οικονομικών φορέων, το οποίο, όμως, πρέπει να συνδέεται και να τελεί σε αναλογία προς το αντικείμενο της σύμβασης και να δικαιολογείται από τη φύση και το σκοπό του συγκεκριμένου έργου, ήτοι δύναται η αναθέτουσα αρχή να ζητά ένα ή περισσότερα δικαιολογητικά ανάλογα

Αριθμός απόφασης: 1613 / 2020

με τις απαιτήσεις της κατά περίπτωση σύμβασης, τις δυνατότητες της συγκεκριμένης αγοράς στην οποία απευθύνεται και την ανάγκη εξασφάλισης συνθηκών πραγματικού ανταγωνισμού.

9. Επειδή, στην Οδηγία 93/42/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 14.6.1993 «περί των ιατροτεχνολογικών προϊόντων» (ΕΕΛ 169), όπως τροποποιήθηκε με την Οδηγία 2007/47/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 5ης Σεπτεμβρίου 2007 (ΕΕΛ 247), ορίζεται στο άρθρο 1 ότι «1. Η παρούσα οδηγία εφαρμόζεται στα ιατροτεχνολογικά προϊόντα και στα εξαρτήματά τους. [...] 2. [...]», στο άρθρο 2 ότι : «Τα κράτη μέλη λαμβάνουν όλα τα αναγκαία μέτρα για να εξασφαλίσουν ότι η διάθεση στο εμπόριο ή/και η έναρξη χρήσεως των βοηθημάτων να πραγματοποιείται μόνον εφόσον αυτά συμμορφώνονται προς τις απαιτήσεις της παρούσας οδηγίας, όταν έχουν παρασχεθεί δεόντως και τοποθετούνται, συντηρούνται και χρησιμοποιούνται καταλλήλως, σύμφωνα με τον προορισμό τους», στο άρθρο 3 ότι : «Τα προϊόντα πρέπει να πληρούν τις βασικές απαιτήσεις που περιλαμβάνονται στο παράρτημα I και οι οποίες ισχύουν για αυτά δεδομένου του προορισμού των συγκεκριμένων προϊόντων», στο άρθρο 4 ότι : «1. Τα κράτη μέλη δεν παρεμβάλλουν, στο έδαφός τους, εμπόδια στη διάθεση στο εμπόριο και στην έναρξη χρήσεως των προϊόντων που φέρουν τη σήμανση **** που προβλέπεται στο άρθρο 17 και η οποία δηλώνει ότι τα προϊόντα έχουν αποτελέσει αντικείμενο αξιολόγησης της πιστότητάς τους σύμφωνα με το άρθρο 11. 2. [...]». Αντιστοίχου περιεχομένου είναι οι διατάξεις των άρθρων 1, 2, 3, και 4 της ***** κοινής αποφάσεως των Υπουργών Εθνικής Οικονομίας, Υγείας, Πρόνοιας και Κοινωνικών Ασφαλίσεων και Βιομηχανίας, Ενέργειας και Τεχνολογίας με την οποία μεταφέρθηκε στην ελληνική έννομη τάξη η Οδηγία 93/42/ΕΟΚ/14.6.93 του Συμβουλίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης που αφορά στα Ιατροτεχνολογικά Προϊόντα, όπως η εν λόγω ΥΑ αντικαταστάθηκε με την με αριθ. **** απόφαση των Υπουργών Οικονομίας και Οικονομικών, Ανάπτυξης, Υγείας και Κοινωνικής Αλληλεγγύης (ΦΕΚ Β' 2198). Κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων, οι βασικές απαιτήσεις, στις οποίες πρέπει να ανταποκρίνονται τα ιατροτεχνολογικά προϊόντα, που εμπίπτουν στο

Αριθμός απόφασης: 1613 / 2020

πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ, ρυθμίζονται από την ίδια αυτή Οδηγία, ενώ εφόσον τα υπό προμήθεια προϊόντα ανταποκρίνονται στα εναρμονισμένα πρότυπα και έχουν πιστοποιηθεί βάσει των διαδικασιών που προβλέπει η Οδηγία αυτή, τεκμαίρεται ότι συμφωνούν με τις εν λόγω βασικές απαιτήσεις και, ως εκ τούτου, πρέπει να θεωρούνται κατάλληλα για τη χρήση, για την οποία προορίζονται, και να κυκλοφορούν ελεύθερα σε ολόκληρη την Ευρωπαϊκή Ένωση, η σχετική, δε, υποχρέωση των κρατών μελών, η οποία απορρέει από το δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ενώσεως, βαρύνει και την εκάστοτε αναθέτουσα αρχή, η οποία υπόκειται στον έλεγχο δημόσιας αρχής (πρβλ. απόφ. ΔΕΕ της 14.6.2007, C-6/05 Medipac - Καζαντζίδης Α.Ε. κατά Βενιζέλειου - Παναγιώτου ΠΕΣΥ Κρήτης, σκέψεις 42-49). Το ανωτέρω τεκμήριο έχει μαχητό χαρακτήρα, δυνάμενο να ανατραπεί με βάση τις προβλεπόμενες στις διατάξεις αυτές κοινοτικές διαδικασίες. Ειδικότερα, δεν αποκλείεται είτε τα εναρμονισμένα πρότυπα να μην ανταποκρίνονται στις βασικές απαιτήσεις που αναφέρονται στο άρθρο 3 της Οδηγίας 93/42 (άρθρο 5 παρ. 3), είτε ορισμένα ιατροτεχνολογικά προϊόντα, τα οποία φέρουν την σήμανση ****, να είναι, παρά ταύτα, επικίνδυνα για την υγεία ή την ασφάλεια των ασθενών ή άλλων προσώπων. Στην τελευταία αυτή περίπτωση, όμως, η ίδια η ανωτέρω Οδηγία καθορίζει την τηρητέα από τα κράτη μέλη διαδικασία διασφάλισης (άρθρο 8 παρ. 3). Επομένως, στην περίπτωση κατά την οποία τα προσφερόμενα προϊόντα εμπνέουν, μεν, ανησυχίες σχετικές με την ασφάλεια και την υγεία των ασθενών, φέρουν όμως τη σήμανση ****, η οποία υποδηλώνει ότι τα προϊόντα αυτά έχουν αποτελέσει αντικείμενο αξιολόγησης της πιστότητάς τους και, κατά συνέπεια, τεκμαίρεται ότι πληρούν τις βασικές απαιτήσεις του άρθρου 3 (άρθρα 4 παρ. 1, 11 και 17 παρ. 1 της Οδηγίας), η αρχή της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, καθώς και η υποχρέωση διαφάνειας, των οποίων η εφαρμογή είναι ανεξάρτητη της δυνατότητας εφαρμογής της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, δεν παρέχουν στην αναθέτουσα αρχή τη δυνατότητα να απορρίψει άνευ ετέρου τη σχετική προσφορά, αλλά της επιβάλλουν την υποχρέωση να ενημερώσει σχετικώς τον αρμόδιο εθνικό οργανισμό, προκειμένου να κινηθεί η εν λόγω διαδικασία

Αριθμός απόφασης: 1613 / 2020

διασφάλισης, δυνάμενη να εξασφαλίσει αντικειμενική και αμερόληπτη αξιολόγηση και εξέταση των προβαλλόμενων κινδύνων (πρβλ. ΔΕΚ απόφαση της 14.6.2007, C-6/05 Medipac – Καζαντζίδης Α.Ε. κατά Βενιζέλιου – Πανάνειου, ΠΕΣΥ Κρήτης, σκέψεις 44-55, βλ. επίσης σκ. 33 της ίδιας απόφασης). Περαιτέρω, από τον συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων συνάγεται ότι οι τεχνικές προδιαγραφές ιατροτεχνολογικών προϊόντων πρέπει να προσδιορίζουν με σαφήνεια το υπό προμήθεια προϊόν με παραπομπή σε εκ των προτέρων αναγνωρισμένα ευρωπαϊκά, ελληνικά ή άλλα πρότυπα και προδιαγραφές κατά τις ειδικότερες διακρίσεις των ανωτέρω διατάξεων. Ειδικότερα, δε, όταν η διοίκηση διενεργεί διαγωνισμούς προμήθειας ιατροτεχνολογικών προϊόντων του άρθρου 2.2 της ΔΥ7/οικ.2480/19.8.1994 ΚΥΑ, κατά το σύστημα της χαμηλότερης προσφοράς, δεν δύναται να αξιώνει για τα προς προμήθεια είδη, πλην της σημάνσεως ****, μέσω της οποίας δηλώνεται ότι τα είδη αυτά ανταποκρίνονται στα εναρμονισμένα πρότυπα, την πλήρωση περαιτέρω προδιαγραφών. Και τούτο, διότι η Οδηγία 93/42/ΕΟΚ, που μεταφέρθηκε στην ελληνική έννομη τάξη με την ως άνω ΚΥΑ, έχει εκδοθεί βάσει του άρθρου 100Α της συνθήκης ΕΚ (πρώην 95 ΕΚ) και, ως εκ τούτου, για την επίτευξη του στόχου της διασφάλισης της ελεύθερης κυκλοφορίας των ιατροτεχνολογικών προϊόντων, η Οδηγία αυτή εμποδίζει τα κράτη-μέλη να απαγορεύουν, περιορίζουν ή παρακωλύουν τη διάθεση στην αγορά ιατροτεχνολογικών προϊόντων, τα οποία πληρούν τις απαιτήσεις αυτής και φέρουν την σήμανση ****. Συνεπώς, η πρόβλεψη επιπρόσθετων προδιαγραφών για τα προσφερόμενα ιατροτεχνολογικά προϊόντα κατά το στάδιο της διακήρυξης δεν είναι κατ' αρχήν συμβατή με τις προαναφερόμενες διατάξεις της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ, ειδικότερης κατά τούτο της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, γιατί ισοδυναμεί με παρεμβολή εμποδίων που μπορούν να φθάσουν μέχρι τον αποκλεισμό της διαθέσεως στο εμπόριο και της ενάρξεως χρήσεως προϊόντων που φέρουν τη σήμανση ****, αφού, στην περίπτωση αυτή, τα εν λόγω προϊόντα δεν θα πληρούν τους όρους της διακήρυξης και θα είναι, ως εκ τούτου εκ προοιμίου αδύνατη η επιλογή τους. Για το λόγο αυτό, όταν γίνεται δεκτό ότι όταν η Διοίκηση, για την εξυπηρέτηση συγκεκριμένης ανάγκης,

Αριθμός απόφασης: 1613 / 2020

επιθυμεί την προμήθεια ιατροτεχνολογικών προϊόντων που έχουν ιδιαίτερα τεχνικά χαρακτηριστικά και ιδιότητες εν σχέσει με τα συνήθως κυκλοφορούντα στην αγορά και εφοδιασμένα με τη σήμανση **** προϊόντα, οφείλει να προσφύγει στο σύστημα της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς. (ΣΤΕ (Ασφ) 113/2008, 114/2008).

10. Επειδή, στην προκείμενη περίπτωση και αναφορικά με τους ισχυρισμούς τόσο της αναθέτουσας αρχής, όσο και της παρεμβαίνουσας ότι αναφορικά με τις τεχνικές προδιαγραφές της προσβαλλόμενης Διακήρυξης έλαβαν χώρα δύο δημόσιες διαβουλεύσεις, με ημερομηνίες 19.11.2019 έως 27.11.2019 και 26.02.2020 έως 05.03.2020, αντίστοιχα, στις οποίες δε συμμετείχε η προσφεύγουσα, αυτοί αναπόδεικτα προβάλλονται, καθώς ουδέν στοιχείο προσκομίζεται προς απόδειξή των, σε κάθε περίπτωση αλυσιτελώς, αφού κατ' ουδένα τρόπο η μη κατάθεση παρατηρήσεων σε τυχόν προηγούμενη διενεργηθείσα δημόσια διαβούλευση επί των όρων και των τεχνικών προδιαγραφών της Διακήρυξης συνεπάγεται αποδοχή αυτών που τελικώς επελέγησαν από το διαγωνιζόμενο ή ενδιαφερόμενο να συμμετέχει οικονομικό φορέα, ενώ και ουδεμία έννομη συνέπεια δύναται να επιφέρει η μη συμμετοχή του στη προηγηθείσα δημοσία διαβούλευση, καθόσον η άσκηση προδικαστικής προσφυγής από όποιον θίγεται από πράξη ή παράλειψη αναθέτουσας αρχής κατά την ανάθεση δημόσιας σύμβασης πηγάζει ευθέως εκ του Νόμου και ουδεμία προϋπόθεση τίθεται - προς παραδεκτή άσκηση αυτής - κατάθεσης παρατηρήσεων σε τυχόν προηγούμενη διενεργηθείσα δημόσια διαβούλευση επί διακήρυξης από ενδιαφερόμενο να συμμετέχει στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία. Περαιτέρω, απορριπτέοι τυγχάνουν και οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας περί αοριστίας της Προσφυγής, καθόσον ρητά αναφέρει η προσφεύγουσα τη ζημία της εκ των τιθέμενων, ως ισχυρίζεται, παράνομων τεχνικών προδιαγραφών, με τις οποίες εμποδίζεται η συμμετοχή της στην υπό κρίση διαδικασία, ενώ ρητώς αναφέρει τα προσφερόμενα από αυτήν είδη, των οποίων η προσφορά θα απορριφθεί ως μη σύμφωνη με τις υπόψη τεχνικές προδιαγραφές, κατά των οποίων βάλει, σε περίπτωση που αυτές αποτελέσουν

Αριθμός απόφασης: 1613 / 2020

μέρος του κανονιστικού πλαισίου της Διακήρυξης της υπό εξέταση διαγωνιστικής διαδικασίας.

11. Επειδή, αναφορικά με το Παράρτημα Ι της Διακήρυξης και τα με Α/Α 2, 3, 4, 5, 6 και 7, ζητούνται «*Εργαλεία ευθείας συρραφής - διατομής-αναστόμωσης ιστών με δυνατότητα άρθρωσης σε δέκα προκαθορισμένες θέσεις, μήκους 6-16-26 εκ. Δυνατότητα ανοίγματος των σιαγόνων του εργαλείου από την χειρολαβή πυροδότησης και δυνατότητα 25 πυροδοτήσεων. Να δέχεται κεφαλές αρθρούμενες, και ημικυκλίου με ενσωματωμένη κοπτική λάμα, κλιμακωτή σχεδίαση και διαφορετικό ύψος ποδιού κλιπ σε κάθε μία από τις τρεις γραμμές συρραφής, για διάφορα πάχη ιστών και ανταλλακτικές κεφαλές με κοπτική λάμα από ενισχυμένο ανοξείδωτο ατσάλι *****», ενώ επιπλέον «*η ανταλλακτική κεφαλή να είναι ημικυκλίου*», η δε προσφεύγουσα αιτείται όπως ακυρωθούν οι προδιαγραφές αυτές κατά το μέρος που απαιτείται τα εργαλεία ευθείας συρραφής - διατομής - αναστόμωσης ιστών να φέρουν δυνατότητα άρθρωσης σε δέκα προκαθορισμένες θέσεις, να φέρουν κεφαλές ημικυκλίου, να διαθέτουν νέα κοπτική λάμα από ενισχυμένο ανοξείδωτο ατσάλι **** και η ανταλλακτική κεφαλή να είναι ημικυκλίου, καθώς αυτές τίθενται επιπροσθέτως της σήμανσης ****. Από τη θεώρηση των υπόψη προδιαγραφών προκύπτει ότι, αυτές διατυπώνονται ως συγκεκριμένες λειτουργικές απαιτήσεις, σύμφωνα με το άρθρο 54 παρ. 3 του Ν. 4412/2016, περιέχοντας μνεία συγκεκριμένης κατασκευής κατά την προρρηθείσα διάταξη, ήτοι ορίζεται τα εν λόγω εργαλεία ευθείας συρραφής να φέρουν δυνατότητα άρθρωσης σε δέκα προκαθορισμένες θέσεις, να φέρουν κεφαλές ημικυκλίου, να διαθέτουν νέα κοπτική λάμα από ενισχυμένο ανοξείδωτο ατσάλι **** και η ανταλλακτική κεφαλή να είναι ημικυκλίου. Εντούτοις, σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 54 του Ν. 4412/2016 (βλ. ανωτέρω σκέψη 7), η εν λόγω μνεία επιτρέπεται, κατ' εξαίρεση, θα πρέπει να αιτιολογείται ειδικώς και να συνοδεύεται από τον όρο «*ή ισοδύναμο*», περίπτωση που δε συντρέχει εν προκειμένω, καθότι δεν αιτιολογείται η αναγκαιότητα των πρόσθετων αυτών προδιαγραφών, ώστε να δύνανται να ελεγχθούν αν οι προδιαγραφές αυτές είναι εύλογες και ανάλογες

Αριθμός απόφασης: 1613 / 2020

του επιδιωκόμενου σκοπού του αντικειμένου της σύμβασης. Με άλλα λόγια, δεν αιτιολογείται ειδικώς για ποιο λόγο απαιτείται τα υπόψη εργαλεία να φέρουν δυνατότητα άρθρωσης σε προκαθορισμένες θέσεις και αποκλείεται η δυνατότητα για μη προκαθορισμένες θέσεις, ήτοι όπου επιθυμεί ο χειρουργός, για ποιο λόγο η κοπτική λάμα θα πρέπει να είναι από ενισχυμένο ανοξείδωτο ατσάλι **** και όχι από ενισχυμένο ανοξείδωτο ατσάλι οποιοσδήποτε τύπου και οι κεφαλές θα πρέπει ημικυκλίου και όχι ευθείες, αφού τα υπόψη εργαλεία προορίζονται για την ίδια ακριβώς χρήση και επιτελούν την ίδια ακριβώς λειτουργία και φέρουν σήμανση ****. Ως εκ τούτου οι προδιαγραφές αυτές, ως ορίζονται στους όρους με A/A 2, 3, 4, 5, 6 και 7 του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης, αποτελούν πρόσθετες, της σήμανσης ****, προδιαγραφές που τίθενται παρανόμως, αφού ο διαγωνισμός διενεργείται με κριτήριο ανάθεσης αποκλειστικά και μόνο τη χαμηλότερη τιμή, ενώ δύναται η αναθέτουσα αρχή, αν κρίνει ότι αυτές παρέχουν ουσιώδες πλεονέκτημα ωφέλειας για την υγεία των ασθενών, να διενεργήσει το διαγωνισμό με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάση βέλτιστης σχέσης ποιότητας τιμής, βαθμολογώντας με υψηλότερη βαθμολογία - και πριμοδοτώντας με τον τρόπο αυτό - οικονομικούς φορείς που θα προσέφεραν είδη με τις πρόσθετες αυτές λειτουργίες, μην αποκλείοντας παράλληλα διαγωνιζόμενους που θα προσέφεραν είδη με τις προδιαγραφές της σήμανσης ****. Άλλωστε, ακόμα και αν ήθελε θεωρηθεί ότι οι πρόσθετες αυτές απαιτήσεις προορίζονται για συγκεκριμένη χρήση και λειτουργία που δε δύναται να επιτευχθεί άλλως πώς, στην υπό κρίση περίπτωση ουδέν αναφέρεται, πολλώ δε μάλλον αιτιολογείται και αποδεικνύεται σχετικώς, σε κάθε περίπτωση δεν προκύπτει ότι η ίδια η αναθέτουσα αρχή έχει ενημερώσει τον Ε.Ο.Φ. και έχει κινηθεί η καθοριζόμενη από το άρθρο 8 της Κ.Υ.Α. ΔΥ8δ/Γ.Π.οικ.130648/2009 (άρθρο 8 της οδηγίας 93/42/ΕΟΚ) ρήτρα (διαδικασία) διασφάλισης, όπως ορίζεται, για τα προσφερόμενα στον υπό κρίση διαγωνισμό είδη, προκειμένου να αιτιολογηθεί η θέσπιση των υπόψη επιπρόσθετων τεχνικών προδιαγραφών, οι οποίες περιορίζουν ή αποκλείουν από την προμήθεια ιατροτεχνολογικά προϊόντα που φέρουν τη σήμανση ****, ως εν προκειμένω. Συνεπώς και εφόσον

Αριθμός απόφασης: 1613 / 2020

η διακήρυξη δεν αρκείται στην τήρηση των βασικών απαιτήσεων που απορρέουν από την κείμενη νομοθεσία και στην πιστοποίηση των ζητούμενων ειδών βάσει αυτής, αλλά θεσπίζει πρόσθετες προδιαγραφές, οι οποίες αποσκοπούν στην αποφυγή κινδύνων ασφάλειας και υγείας, οι οποίοι όμως καλύπτονται, κατ' αρχήν, από την σύμφωνα με εκπλήρωση των βασικών απαιτήσεων της κείμενης νομοθεσίας, χωρίς να προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή ενημέρωσε προηγουμένως τον αρμόδιο Ε.Ο.Φ. για την ανάγκη επιβολής των ως άνω προδιαγραφών, ώστε να κινηθεί και να ολοκληρωθεί η προαναφερθείσα διαδικασία διασφάλισης (ΔΕΦΑΘ 47/2017), αλλά και λαμβάνοντας υπόψη ότι η αναθέτουσα αρχή επιλέγει ως κριτήριο ανάθεσης της υπόψη σύμβασης την πλέον συμφέρουσα προσφορά μόνο βάσει τιμής, γίνεται δεκτό ότι οι προσβαλλόμενες προδιαγραφές αντίκεινται στις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας, όπως παρατίθενται ως άνω και ως εκ τούτου οι ισχυρισμοί περί παράβασης των διατάξεων της οικείας εθνικής και ευρωπαϊκής νομοθεσίας πρέπει να γίνουν δεκτοί (πρβλ. ΑΕΠΠ 1475/2019, 698/2018). Κατ' ακολουθίαν, ο πρώτος λόγος της Προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

12. Επειδή, περαιτέρω, κατά το μέρος που το Παράρτημα Ι της Διακήρυξης στα είδη με Α/Α 8, 9, 10, και 11 ζητούνται «*Εργαλεία ευθείας συρραφής ιστών επαναφορτιζόμενα με αγκτήρες (κλιπς) τιτανίου ορθογώνιας διατομής και ανταλλακτικές κεφαλές τους με αγκτήρες (κλιπς) ορθογώνιας διατομής*», αυτές βαίνουν πέραν των ελάχιστων απαιτήσεων υπό τη σήμανση ****, αφού στην αγορά κυκλοφορούν συρραπτικά με δύο τύπους αγκτήρων (κλιπς), ορθογώνιας και κυκλικής διατομής, τα οποία ανεξάρτητα από σχήμα της διατομής του αγκτήρα (κλιπ) τους (ορθογώνιο ή κυκλικό), προορίζονται για την ίδια ακριβώς χρήση και επιτελούν την ίδια ακριβώς λειτουργία. Ως εκ τούτου και λαμβανομένου υπόψη ότι τα είδη αυτά, ανεξάρτητα από τον τύπο αγκτήρα, φέρουν σήμανση ****, οι προδιαγραφές της υπό κρίση Διακήρυξης που απαιτούν μόνον αγκτήρες ορθογώνιας διατομής και τις ανταλλακτικές αυτών κεφαλές, αποτελούν πρόσθετες, της σήμανσης ****, προδιαγραφές, χωρίς αυτές

Αριθμός απόφασης: 1613 / 2020

να αιτιολογούνται ειδικώς, ενώ και εφόσον ο διαγωνισμός διενεργείται με κριτήριο ανάθεσης αποκλειστικά και μόνο τη χαμηλότερη τιμή, ισχύουν *mutatis mutandis* τα κριθέντα στην ακριβώς ανωτέρω σκέψη. Τέλος και σε κάθε περίπτωση ακόμα και αν ήθελε θεωρηθεί ότι οι υπόψη τεχνικές προδιαγραφές ζητούνται για λόγους ασφάλειας της υγείας των ασθενών, δεν προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή ενημέρωσε προηγουμένως τον αρμόδιο Ε.Ο.Φ. για την ανάγκη επιβολής των ως άνω προδιαγραφών, ώστε να κινηθεί και να ολοκληρωθεί η προαναφερθείσα διαδικασία διασφάλισης (ΔΕΦΑΘ 47/2017), κατά τα προλεθθέντα (βλ. σκέψη 9 της παρούσας). Μετά ταύτα, ο δεύτερος λόγος της Προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

13. Επειδή, ωσαύτως και *mutatis mutandis* με τα γενόμενα δεκτά στις σκέψεις 11 και 12 της παρούσας θα πρέπει να γίνουν δεκτοί και οι λοιποί δύο λόγοι Προσφυγής. Ειδικότερα και αναφορικά με το μέρος που το Παράρτημα Ι της Διακήρυξης απαιτεί στα είδη με *A/A 19, 20, 21, 22, 24, 25, 26 και 27, «συρραπτικά εργαλεία (ευθύγραμμα επαναφορτιζόμενα εργαλεία διατομής/αναστόμωσης και ηλεκτροκίνητους κοπτοράπτες) και τα ανταλλακτικά τους που να διαθέτουν κλιπ κράματος τιτανίου στο οποίο να περιέχεται 2,5% βανάδιο - 3% αλουμίνιο»,* ήτοι απαιτεί προδιαγραφή με συγκεκριμένη μνεία κατασκευής αναφορικά με το κράμα και την περιεκτικότητα των μετάλλων, η οποία βαίνει πέραν των ελάχιστων απαιτήσεων υπό τη σήμανση ****, αφού στην αγορά κυκλοφορούν ευθύγραμμα επαναφορτιζόμενα εργαλεία διατομής/αναστόμωσης και ηλεκτροκίνητοι κοπτοράπτες με κλιπ κράματος τιτανίου τα οποία διαθέτουν πολλές και διάφορες περιεκτικότητες σε άλλα μέταλλα και τα οποία ανεξάρτητα από το ποια μέταλλα και σε ποιες ποσότητες περιέχονται στα κλιπ κράματος τιτανίου που διαθέτουν, προορίζονται για την ίδια ακριβώς χρήση και επιτελούν την ίδια ακριβώς λειτουργία και τα οποία φέρουν σήμανση ****, χωρίς να αιτιολογείται ειδικώς η υπόψη προδιαγραφή, ενώ και λαμβανομένου υπόψη του κριτηρίου ανάθεσης - αποκλειστικά και μόνο η χαμηλότερη τιμή - η υπόψη προδιαγραφή τίθενται παρανόμως. Τέλος, θα πρέπει να γίνει δεκτός και ο τελευταίος λόγος της Προσφυγής και να ακυρωθεί η

Αριθμός απόφασης: 1613 / 2020

προσβαλλόμενη Διακήρυξη κατά το μέρος που το Παράρτημα Ι και στα είδη με Α/Α 20 και 22 αυτής ορίζει ότι απαιτούνται «ευθύγραμμα επαναφορτιζόμενα εργαλεία διατομής/αναστόμωσης με τις ανταλλακτικές τους κεφαλές, τα οποία να δέχονται κασέτες με έξι γραμμές συρραφής», καθόσον στην αγορά κυκλοφορούν ευθύγραμμα επαναφορτιζόμενα εργαλεία διατομής/αναστόμωσης που δέχονται κασέτες με έξι γραμμές συρραφής και άλλα που δέχονται κασέτες με τέσσερις γραμμές συρραφής και δεν προκύπτει ο λόγος που αποκλείονται τα τελευταία, καίτοι φέρουν σήμανση **** και προορίζονται για την ίδια ακριβώς χρήση και επιτελούν την ίδια ακριβώς λειτουργία με αυτά που δέχονται κασέτες με έξι γραμμές συρραφής και η οποία προδιαγραφή αποτελεί πρόσθετη, της σήμανσης ****, η οποία και θα πρέπει να ακυρωθεί.

14. Επειδή, κατ' ακολουθίαν η υπό κρίση Προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή ως βάσιμη, νόμω και ουσία, σύμφωνα με ό,τι κρίθηκε ανωτέρω, το παράβολο δε, που κατέθεσε η προσφεύγουσα να επιστραφεί (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθ. ***** αναφορικά με την προμήθεια «*****», ως προς τα είδη με α/α 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 10, 11, 19, 20, 21, 22, 24, 25, 26 και 27, σύμφωνα με το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του προσκομισθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη στις 26 Νοεμβρίου 2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 9 Δεκεμβρίου 2020, δυνάμει της υπ' αριθ. 104/2020 Πράξης του Προέδρου ΑΕΠΠ περί ορισμού νέου Προέδρου του 2^{ου} Κλιμακίου.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Αριθμός απόφασης: 1613 / 2020

Νικόλαος Σ. Σαββίδης

Αλεξάνδρα Κ. Παπαχρήστου