

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Το 2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ Α.Ε.Π.Π. αποτελούμενο από τον Πρόεδρο, Νικόλαο Σαββίδη και τα μέλη Νεκταρία-Πηνελόπη Ταμανίδη – Εισηγήτρια και Μαρία Μανδράκη, αναπληρώτρια της Γερασιμούλας – Μαρίας Δρακονταειδή, δυνάμει της με αριθμό 23/2018 Πράξης του Προέδρου της ΑΕΠΠ, συνεδρίασε σήμερα, 03 Ιουλίου 2018, στην έδρα της Αρχής.

Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 528/11-06-2018 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία που εδρεύει στην Θεσσαλονίκη, και εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής προσφεύγων) κατά της αναθέτουσας αρχής με την επωνυμία «Διοίκηση της 2ης Υγειονομικής Περιφέρειας Πειραιώς και Αιγαίου» όπως νόμιμα εκπροσωπείται, (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων επιδιώκει, για τους λόγους που αναλυτικά αναφέρει επί του σώματος της προσφυγής του, όπως ακυρωθούν οι προσβαλλόμενες τεχνικές προδιαγραφές του τμήματος 3 και του τμήματος 7, μέσα στα πλαίσια της υπ' αριθ. ΔΘΝ1/2018 Διακήρυξης ηλεκτρονικού ανοικτού Διαγωνισμού άνω των ορίων για την προμήθεια ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού, που αφορά στο υποέργο με α/α 1 στα πλαίσια της πράξης με τίτλο «ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗ ΥΠΟΔΟΜΩΝ ΓΙΑ ΤΗΝ ΕΝΙΣΧΥΣΗ ΤΗΣ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΙΑΚΗΣ ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑΣ ΜΟΝΑΔΩΝ ΠΕΔΥ ΚΑΙ ΕΞΩΤΕΡΙΚΩΝ ΙΑΤΡΕΙΩΝ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΩΝ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ ΑΤΤΙΚΗΣ» που υποδιαιρείται σε 29 τμήματα (CPV: 33100000-1 Ιατρικές συσκευές), συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 1.634.274,19 ευρώ πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής. Ο επίδικος Διαγωνισμός έχει λάβει συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ 52098.

Στην υπό κρίση προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων σώρευσε και αίτημα για τη λήψη προσωρινών μέτρων, με το οποίο αιτείτο την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας, ιδίως την υποβολή των προσφορών, διότι σε διαφορετική

Αριθμός Απόφασης: 569 / 2018

περίπτωση ο προσφεύγων δεν θα μπορεί να υποβάλλει εγκαίρως και προσηκόντως την προσφορά του. Επί του αιτήματος του εκδόθηκε η με αριθμό Α283/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ.

Αφού άκουσε την εισηγήτρια Νεκταρία-Πηνελόπη Ταμανίδη και μελέτησε το σύνολο των εγγράφων του φακέλου, σκέφτηκε κατά νόμο και έκανε ομοφώνως δεκτά τα εξής :

1. Επειδή για την άσκηση της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, συνολικού ποσού 1.350,81 Ευρώ (κωδικός e-Παραβόλου 217165284958 0806 0022 αυτόματης δέσμευσης για τον φορέα Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)), που αντιστοιχεί στο 0,5% της προϋπολογιζόμενης δαπάνης των τμημάτων 3 και 7 του επίδικου διαγωνισμού στο πλαίσιο του οποίου ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, η οποία για τα ως άνω τμήματα ανέρχεται συνολικά στο ποσό των 270.161,29 ευρώ μη συμπ/νου ΦΠΑ, και φέρει την ένδειξη ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ και το οποίο πληρώθηκε σύμφωνα με την προσκομιζόμενη από τον προσφεύγοντα εκτύπωση της απόδειξης πληρωμής του στην Τράπεζα και πράγματι «δεσμεύτηκε».

2. Επειδή η υπό κρίση προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

3. Επειδή η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, στις 08-06-2018, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, δεδομένου ότι η προθεσμία άσκησης αυτής έληγε 10 ημέρες από την γνώση της προσβαλλομένης, η οποία (πλήρης γνώση) τεκμαίρεται ότι έλαβε χώρα στις 05-06-2018, καθώς η προσβαλλομένη αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του ΚΗΜΔΗΣ στις 21-05-2018. Η εν λόγω προσφυγή αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 08-06-2018 και κοινοποιήθηκε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν.

4. Επειδή η ΑΕΠΠ είναι αρμόδια για την εξέταση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής και λόγω ποσού (345 παρ.1 Ν.4412/2016, 6 παρ.1 Ν.4412/2016).

5. Επειδή, κατόπιν ενδελεχούς επισκόπησης του δικογράφου της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι: Οι προσβαλλόμενες τεχνικές προδιαγραφές της επίδικης Διακήρυξης, και δη όσον αφορά στα τμήματα 3 και 7 αυτής, τυγχάνουν ακυρωτές, διότι αφενός μεν κατά παράβαση του άρθρ. 54 ν. 4412/2016 περιλαμβάνουν φωτογραφικούς όρους, οι οποίοι αθέμιτα και αδικαιολόγητα εμποδίζουν τη δημιουργία συνθηκών ελεύθερου και υγιούς ανταγωνισμού, αφετέρου δε περιέχει αμφίσημους και ασαφείς όρους, οι οποίοι δε συνάδουν με το επιλεγέν κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης. Για τον τελευταίο αυτό λόγο προσβάλλεται επιπροσθέτως η έχουσα αυτοτελώς εκτελεστότητα διευκρίνιση που παρείχε η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αριθ. πρωτοκόλλου 27002/31.05.2018 έγγραφό της, καθότι με αυτήν τη διευκρίνιση τροποποιούνται κατ' ουσίαν όροι της διακήρυξης. Πιο αναλυτικά: **A) Ως προς το Τμήμα 3**, στην προσβαλλόμενη διακήρυξη αναφέρεται ως κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης η συμφερότερη προσφορά αποκλειστικά βάση τιμής. Όμως η προσβαλλόμενη διακήρυξη περιλαμβάνει όρους και τεχνικές προδιαγραφές, οι οποίες προϋποθέτουν την ποιοτική αξιολόγηση των προσφορών, και, επομένως, δε συνάδουν με την επιλογή του κριτηρίου ανάθεσης της «χαμηλότερης τιμής». Αναλυτικότερα: 1) *Στη σελ. 49 της διακήρυξης ζητείται ο προσφερόμενος αναλυτής: «... Να διαθέτει κατά προτίμηση πρόγραμμα παρακολούθησης της οξεοβασικής κατάστασης του ασθενούς με τη μορφή γραφικής παράστασης (acid base map) καθώς και (κατά προτίμηση) καταγραφής τάσεων του ασθενή (patient trend report)...».* 2) *Στην έτερη προσβαλλόμενη πράξη, ήτοι την με αριθμό πρωτοκόλλου 27002/31.05.2018 διευκρίνιση που παρείχε η αναθέτουσα αρχή αναφέρεται ότι: «... 1. Η απαίτηση για μέτρηση του αιματοκρίτη με άμεσο τρόπο είναι επιθυμητή, εφόσον η παράμετρος μπορεί να μετρηθεί υπολογιστικά βάσει αποτελεσμάτων που έχουν εξαχθεί με άμεσες μετρήσεις άλλων παραμέτρων. 2. Ο όγκος του δείγματος ίσος ή μικρότερος των 150 μλ είναι επιθυμητός και όχι υποχρεωτικός... ».* Από τη γραμματική προσέγγιση των προσβαλλόμενων όρων και τη χρήση των λέξεων *κατά προτίμηση, επιθυμητή, επιθυμητός*, καθίσταται πρόδηλο ότι οι όροι αυτοί είναι ακυρωτέοι λόγω ασάφειας και αμφισημίας. Η σύγχυση και η αμφισημία που προκαλείται στους ενδιαφερομένους να συμμετέχουν στη διαγωνιστική διαδικασία οικονομικούς φορείς είναι προφανής, καθόσον δε δύναται με ασφάλεια και διαφάνεια να συναχθεί το ποια είναι η κύρωση σε περίπτωση που μια προσφορά δεν πληροί τις άνω αναφερόμενες

τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης, εν όψει του ότι κριτήριο ανάθεσης είναι η *χαμηλότερη τιμή*. Συνοψίζοντας, οι άνω προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης και της διευκρίνισης της αναθέτουσας αρχής επ' αυτών προσιδιάζουν εμφανώς σε διαγωνιστική διαδικασία με κριτήριο ανάθεσης τη συμφερότερη προσφορά, όπου λαμβάνει χώρα ποιοτική αξιολόγηση και βαθμολόγηση των προσφορών. Δεν μπορούν να αποτελούν περιεχόμενο διαγωνιστικής διαδικασίας με κριτήριο ανάθεσης τη χαμηλότερη τιμή, διότι δημιουργείται σύγχυση και αμφισημία σχετικά με την έννομη συνέπεια σε περίπτωση μη πλήρωσής τους. Θα πρέπει, λοιπόν, για το λόγο αυτό να ακυρωθούν. Επιπροσθέτως, στην *σελ. 49 της διακήρυξης ζητείται ο προσφερόμενος αναλυτής: «Να μετρά άμεσα και απευθείας αέρια αίματος (pO₂, Pco₂) και pH, Hct, ηλεκτρολύτες (Na⁺, K⁺, Ca⁺⁺, CL⁻), ολική αιμοσφαιρίνη (THB), κορεσμό οξυγόνου (SO₂), παράγωγα αιμοσφαιρίνης (O₂Hό, HHB, COHB, METHB) και μεταβολίτες (glu, Lac) και να υπολογίζει και άλλες παραμέτρους μεταξύ των οποίων BE, BB, chco₃, phst, a/a_o2, osmolarity κ.α. ...»*. Από την παραπάνω διατύπωση της προδιαγραφής σαφώς προκύπτει ότι οι αναλυτές αερίων αίματος υψηλής δυναμικότητας αποδίδουν αποτελέσματα μίας πρωτεύουσας ομάδας παραμέτρων ιδιαίτερης κλινικής σημασίας κατόπιν άμεσης και απευθείας μέτρησης και αποτελέσματα μιας δευτερεύουσας ομάδας παραμέτρων κατόπιν υπολογισμού. Για τον λόγο αυτό η διακήρυξη διαχωρίζει με σαφή και κατηγορηματικό τρόπο ποια από τα αποτελέσματα των παραμέτρων που αποδίδονται από τον αναλυτή οφείλουν να προκύπτουν από απευθείας μέτρηση (βλ. *«Να μετρά ...hct...»*) και ποια δύνανται να προκύπτουν από υπολογισμό (βλ. *«...και να υπολογίζει...»*). Ειδικότερα, η επίμαχη προδιαγραφή επιτάσσει ο υπό προμήθεια τύπος Αναλυτή αερίων αίματος να εξασφαλίζει την άμεση και απευθείας μέτρηση της παραμέτρου του Αιματοκρίτη και όχι τον υπολογισμό αυτής. Το γεγονός αυτό συνεπάγεται την συμμετοχή στον διαγωνισμό προμηθευτών με αναλυτές εξελιγμένης τεχνολογίας (υψηλής δυναμικότητας) με αυξημένο κατασκευαστικό κόστος, καθώς τούτοι οφείλουν να διαθέτουν ένα επιπλέον ηλεκτρόδιο για την μέτρηση HCT, υγρά βαθμονόμησης HCT, διαλύματα ποιοτικού ελέγχου HCT, υλικά τα οποία δεν υπάρχουν στους αναλυτές που δεν μετρούν τον HCT. Εντούτοις, στην άνω αυτοτελώς προσβαλλόμενη διευκρίνιση που παρείχε η αναθέτουσα αρχή αναφέρεται ότι : *«...1. Η απαίτηση για μέτρηση του αιματοκρίτη με άμεσο τρόπο είναι επιθυμητή, εφόσον η παράμετρος μπορεί να μετρηθεί υπολογιστικά βάσει αποτελεσμάτων που έχουν εξαχθεί με άμεσες*

μετρήσεις άλλων παραμέτρων...». Η διευκρίνιση αυτή δημιουργεί συνθήκες αδιαφάνειας και άνισης μεταχείρισης των ενδιαφερομένων να συμμετάσχουν οικονομικών φορέων για τον εξής λόγο: Η συλλογιστική ως προς την παράμετρο του αιματοκρίτη, η οποία αποτέλεσε την βάση για την τροποποίηση της προδιαγραφής δεν ευσταθεί διότι η τιμή της παραμέτρου του αιματοκρίτη δεν είναι δυνατόν να μετρηθεί υπολογιστικά καθώς είτε μετράται άμεσα με ειδικό ηλεκτρόδιο του αιματοκρίτη είτε υπολογίζεται από την τιμή της αιμοσφαιρίνης. **Β) Ως προς το Τμήμα 7:** Στη σελ. 53 της διακήρυξης ζητείται ο προσφερόμενος απινιδωτής με μόνιτορ και βηματοδότη «... να διαθέτει ενσωματωμένη θύρα υπέρυθρων για την μεταφορά δεδομένων σε Η/Υ...». Εντούτοις, ο όρος αυτός είναι ακυρωτέος λόγω παραβίασης του άρθρ. 54 ν. 4412/2016, διότι περιλαμβάνει μνεία συγκεκριμένης μεθόδου κατασκευής, άλλως ιδιαίτερης μεθόδου μεταφοράς δεδομένων σε Η/Υ, η οποία εντοπίζεται μόνον στον απινιδωτή της εταιρίας LIFEPAK 20e του κατασκευαστικού οίκου Physiocontrol (διανομέας Βασίλειος και Ιωάννης Ματζάρης ΑΕ) – (βλ. συνημμένο στην παρούσα το σχετικό προσπέκτους). Ο στόχος που επιθυμεί να καλύψει η αναθέτουσα αρχή είναι η ασύρματη μεταφορά δεδομένων. Τούτο μπορεί να επιτευχθεί *ισοδύναμα*, πέραν της χρήσης υπέρυθρων θυρών και με τη γνωστή σε όλους μέθοδο Bluetooth. Ο προσφεύγων επιθυμεί να προσφέρει στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία το μοντέλο απινιδωτή TEC - 5631 του κατασκευαστικού οίκου, το οποίο διαθέτει τη δυνατότητα μεταφοράς των δεδομένων σε Η/Υ είτε μέσω κάρτας μνήμης SD είτε ασύρματα μέσω BLUETOOTH module (βλ. σχετικά το συνημμένο στην παρούσα προσπέκτους σελ. 5 πάνω δεξιά το επισημασμένο σημείο). Πρόκειται για απόλυτα ισοδύναμο τρόπο επίτευξης του στόχου της αναθέτουσας αρχής (ασύρματη μεταφορά δεδομένων σε Η/Υ). Η μη παροχή της δυνατότητας στην εταιρία μας να προσφέρει το εν λόγω μοντέλο λόγω του προσβαλλόμενου ακυρωτέου όρου της διακήρυξης δημιουργεί αδικαιολόγητα και αθέμιτα εμπόδια στη δημιουργία συνθηκών ελεύθερου και υγιούς ανταγωνισμού, παραβιάζοντας την αρχή της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων.

Κατά τη ρητή νομοθετική πρόβλεψη του τελευταίου εδαφίου της παρ. 4 του άρθρ. 54 ν. 4412/2016 θα έπρεπε ο εν λόγω όρος να συνοδεύεται από τη μνεία της φράσης «ή ισοδύναμο».

6. Επειδή κατ' αρχήν ο προσφεύγων έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής, δεδομένου ότι στρέφεται κατά όρων της διακήρυξης που αφορούν τεχνικές προδιαγραφές των προς προμήθεια προϊόντων, οι οποίοι όροι κατά τους ισχυρισμούς του, άλλοι μεν είναι ασαφείς και αμφίσημοι, άλλοι επιτρέπουν την συμμετοχή στον διαγωνισμό σε αποκλειστικά μία και μόνη κατονομαζόμενη εταιρεία, χωρίς να προσφέρουν ουσιαστικό πλεονέκτημα και άλλοι δεν προσιδιάζουν στον σκοπό για τον οποίο προορίζονται, αποκλείοντας την ευρεία συμμετοχή στον διαγωνισμό εταιρειών, μεταξύ των οποίων και ο ίδιος ο προσφεύγων, ο οποίος δηλώνει ότι βάσει του αντικειμένου της επιχειρηματικής του δραστηριότητας προτίθεται να συμμετάσχει στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία, πλην όμως αποκλείεται παρανόμως (βλ. ΣΤΕ ΕΑ ασφ.μ. 415/2014, 9, 124, 189/2015, πρβλ ΣΤΕ ΕΑ ασφ.μ. 1258, 1316/2008, 342, 670/2009 κ.ά.).

7. Επειδή η Αναθέτουσα Αρχή, δυνάμει του με αριθμό 30380/18-06-2018 εγγράφου της απέστειλε τις απόψεις της, με τις οποίες ισχυρίζεται, μεταξύ άλλων, τα κάτωθι: «... *Τμήμα 3: Αναλυτής αερίων αίματος υψηλής δυναμικότητας Α' σκέλος: Η χρήση εκφράσεων του τύπου: «κατά προτίμηση», «επιθυμητή» και «επιθυμητός» έχουν στόχο να υποδείξουν επιθυμητές ιδιότητες του προς προμήθεια υλικού με δεδομένη ωστόσο την πλήρωση των απαιτούμενων και με ποινή αποκλεισμού σε περίπτωση μη πλήρωσής τους χαρακτηριστικών. Με κριτήριο κατακύρωσης αποκλειστικά την χαμηλότερη τιμή, οι παραπάνω επιθυμητές ιδιότητες δεν είναι τίποτα άλλο παρά μόνο επιθυμίες που η μη πλήρωσή τους δεν οδηγεί σε αποκλεισμό υποψήφιων προμηθευτών. Επιπλέον, δεν βαθμολογούνται με τον οποιονδήποτε τρόπο και ως εκ τούτου δεν πριμοδοτούν τον υποψήφιο προμηθευτή που τις πληροί. Ως εκ τούτου η επιτροπή προτείνει την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής της εταιρίας για το συγκεκριμένο σημείο των τεχνικών προδιαγραφών. Β' σκέλος: Ο χαρακτηρισμός ενός αναλυτή αερίων αίματος υψηλής δυναμικότητας σε καμία περίπτωση δεν σχετίζεται με την δυνατότητα απευθείας ή μη μέτρησης του αιματοκρίτη. Επιπλέον, με δεδομένη την αξιοπιστία μεθόδων υπολογισμού του μέσω της απευθείας μέτρησης της αιμοσφαιρίνης, η επιτροπή έκρινε σκόπιμη την παροχή της σχετικής διευκρίνησης. Η εν λόγω διευκρίνιση σε καμία περίπτωση δεν υποβαθμίζει την ποιότητα ή αξιοπιστία του προς προμήθεια υλικού και σε κάθε περίπτωση διευρύνει τον*

ανταγωνισμό με ασφάλεια. Με αφορμή την θιγόμενη τεχνική προδιαγραφή, προτείνουμε, μέσω διευκρίνησης, να καταστεί επίσης σαφές, πως άλλες παράμετροι προς υπολογισμό, ενδεικτικά να είναι και οι BE, BB, cHCO₃, PHst, a/AO₂, Osmolarity, κ.α. όπως άλλωστε απαιτούν οι τεχνικές προδιαγραφές. Ως εκ τούτου η επιτροπή προτείνει την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής της εταιρίας για το συγκεκριμένο σημείο των τεχνικών προδιαγραφών.

Τμήμα 7: Απινιδωτής με monitor και βηματοδότη Η σύνταξη των τεχνικών προδιαγραφών πραγματοποιήθηκε με γνώμονα την υψηλή ποιότητα και την ανάπτυξη επαρκούς ανταγωνισμού. Κατά την διενέργεια της δημόσιας διαβούλευσης των τεχνικών προδιαγραφών, δεν διατυπώθηκε καμία απολύτως παρατήρηση που να αφορούσε στις τεχνικές προδιαγραφές του προς προμήθεια είδους, πράγμα που σημαίνει πως υπήρχαν τόσοι υποψήφιοι προμηθευτές που εξασφάλιζαν τις παραπάνω προϋποθέσεις. Επιπλέον, η εταιρία συμμετείχε στον διαγωνισμό ΔΘΝ4/2018 που αφορούσε σε εξοπλισμό του Νοτίου Αιγαίου με την χρήση των ίδιων τεχνικών προδιαγραφών. Σε αυτόν τον διαγωνισμό, η εταιρία απορρίφθηκε κατά την τεχνική αξιολόγηση λόγω μη πλήρωσης της θιγόμενης τεχνικής προδιαγραφής, διότι δεν διέθετε κανέναν τρόπο μεταφοράς των δεδομένων παρά μόνο μέσω κάρτας μνήμης SD. Η χρήση των υπερύθρων εξασφαλίζει μη διαρροή προσωπικών δεδομένων, σε αντίθεση με την τεχνολογία Bluetooth και την χρήση κάρτας μνήμης. Είναι γεγονός πως την θιγόμενη απαίτηση πληροί η εταιρία, χωρίς ωστόσο να αποδεικνύεται από την εταιρία με κάποιο τρόπο πως είναι η μοναδική εταιρία. Ως εκ τούτου, αποκλειστικά βάσει του παραπάνω συλλογισμού, η επιτροπή προτείνει την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής της εταιρίας για το συγκεκριμένο σημείο των τεχνικών προδιαγραφών. Βάσει όλων των παραπάνω, η επιτροπή προτείνει την απόρριψη στο σύνολό της, την προδικαστική προσφυγή που κατέθεσε η εταιρία, θεωρώντας πως αποδεδειγμένα οι τεχνικές προδιαγραφές που συντάχθηκαν από την επιτροπή, δεν προκρίνουν συγκεκριμένους κατασκευαστές και δεν αποκλείουν κάποιους άλλους. Αντιθέτως, συμβάλλουν καθοριστικά, προκειμένου να αναπτυχθεί υγιής οικονομοτεχνικός ανταγωνισμός μεταξύ καταξιωμένων κατασκευαστών και συσκευών προς όφελος του τελικού αποτελέσματος που ελπίζουμε να είναι η απόκτηση σύγχρονου ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού για τις υγειονομικές δομές της Αττικής. ... ».

8. 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 δημοσίου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης».

9. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016 « 1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασηςπεριέχουν ιδίως :ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών....., τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας....., καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης».

10. Επειδή, σύμφωνα με το άρθ. 54 παρ. 1, 2, 3 και 4 του ν. 4412/2016: « 1. Οι τεχνικές προδιαγραφέςπαρατίθενται 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, 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

Αριθμός Απόφασης: 569 / 2018

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 αντικειμένου της σύμβασης κατ' εφαρμογή της παρ. 3. Η εν λόγω μνεία συνοδεύεται από τον όρο "ή ισοδύναμο"».

11. Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του Ν.4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

12. Επειδή σύμφωνα με το άρθρ. 362 παρ. 1 ν. 4412/2016 « Η προδικαστική προσφυγή περιέχει τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της». Και σύμφωνα με το άρθρ. 8 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 «Η προδικαστική προσφυγή περιέχει όλες ανεξαιρέτα τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της (άρθρο 362 παρ. 1 εδ. γ' ν. 4412/2016)».

13. Επειδή κατά την έννοια του ενωσιακού δικαίου (βλ. σχετικά άρθρο 6 ΕΣΔΑ) ως ερμηνεύεται από το ΕΔΔΑ, η έννοια του «θιγόμενου» ταυτίζεται με το άτομο που βλάπτεται άμεσα από την αμφισβητούμενη πράξη ή παράλειψη (βλ. Johnston κα 18.12.1986, Prager και Oberschlick, 26.4.1995).

14. Επειδή σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής του από την αναθέτουσα αρχή, το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής ως και από τον δικαστή (βλ. ΣΤΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κα). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣΤΕ 928/2004) υπό την έννοια ότι δεν δύναται το αρμόδιο όργανο να συμπληρώσει τη θεμελίωση

Αριθμός Απόφασης: 569 / 2018

του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος καθόσον το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει ο τελευταίος (ΣΤΕ 4524/2009, 3900/2006) και μόνο προαποδεικτικώς (ΣΤΕ 1898/2016, 7μελής), ήτοι στην περίπτωση της προσφυγής με την κατάθεσή της, εφόσον δεν προβλέπεται από τον Ν. 4412/2016 και το οικείο κανονιστικό πλαίσιο (ΠΔ 39/2017) η συμπλήρωση της προσφυγής με υποβολή υπομνήματος.

15. Επειδή σε κάθε περίπτωση ελέγχεται αυτεπάγγελα η συνδρομή των ουσιαστικών κριτηρίων του εννόμου συμφέροντος με βάση το κατά πόσο από το έγγραφο της προσφυγής και τα στοιχεία του φακέλου αποδεικνύεται η ύπαρξη του έννομου συμφέροντος. Δεν αρκεί, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται την ύπαρξη έννομου συμφέροντος για άσκηση της προσφυγής αλλά απαιτείται η προσκόμιση και μάλιστα προαποδεικτικώς – ως ισχύει και στην ακυρωτική δίκη- των απαραίτητων για την απόδειξη αυτού στοιχείων (ΣΤΕ Ολομ. 4570/96, ΔΔικ 1997/673, ΣΤΕ 3664/1998, Βλαδίμηρος Δ. Μωυσίδης, «Κώδικας Διοικητικής Δικονομίας», Κατ' άρθρο ερμηνεία – νομολογία, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017). Υφίσταται, περαιτέρω, στα πλαίσια της μεν ακυρωτικής δίκης προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος, γεγονός που δεν καθιστά θεμιτή τη μεταγενέστερη προσαγωγή αποδεικτικών στοιχείων θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος (βλ. ΣΤΕ 1393/2003), στη δε διαδικασία εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής το έννομο συμφέρον θα πρέπει να προαποδεικνύεται με την άσκησή της.

16. Επειδή το έννομο συμφέρον του οικονομικού φορέα, που προσφεύγει ενώπιον της ΑΕΠΠ εξειδικεύεται αυθεντικά και αποκλειστικά από τον ίδιο, εξετάζεται δε από την τελευταία ως προς την νομιμότητά του, την απόδειξή του και τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά του, που επιβάλλουν την έννομη προστασία του, ότι δεν είναι ανταγωνιστικό του δημοσίου συμφέροντος, και ότι δεν είναι αποδοκιμαστέο ως ιδιοτελές (πρβλ. Δημήτριος Θ. Πυργάκης, Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 17).

17. Επειδή η προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος δεν καθιστά δυσχερή την πρόσβαση του ενδιαφερόμενου στο δικαστήριο ή εν γένει στην προσήκουσα παροχή έννομης προστασίας (άρθρο 20 παρ. 1 του Συντ.) ούτε δημιουργεί

Αριθμός Απόφασης: 569 / 2018

(Δημήτριος Θ. Πυργάκης, Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017) αντίθεση προς το άρθρο 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ (ΣΤΕ 2980/2013). Μόνη, δε, εξαίρεση στην άνω αναφερθείσα υποχρέωση προαπόδειξης είναι να προκύπτει σαφώς και άνευ ουδεμίας αμφιβολίας από τις ad hoc ειδικές συνθήκες ότι θίγονται τα επαγγελματικά και οικονομικά συμφέροντα του προσφεύγοντος (ΣΤΕ 2521/2004).

18. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους.

19. Επειδή, περαιτέρω, 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 διακηρύξεως 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 τη 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 στο διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή σε αυτόν των προμηθευτών, των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων. Επιπλέον έχει παγίως κριθεί ότι η σκοπιμότητα ή η ανάγκη θέσπισης της πλησσομένης προδιαγραφής, απαραδέκτως αμφισβητούνται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό, και επίσης ότι απαραδέκτως η αιτούσα αμφισβητεί τη 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 ως άνω αρχή, κατ' εκτίμηση των αναγκών της υπηρεσίας, προσδιόρισε ως αναγκαία (ΣΤΕ 3719/2011, 2/2011, 287/2010 Ε.Α. ΣΤΕ 201/2017,

Αριθμός Απόφασης: 569 / 2018

354/2014, 1025, 1140/2010, 676/2011, 1354, 1305, 670/2009, 438/2008, 303/2007, 977/2006, ΔΕΦΑΘ 491/2011, ΔΕΦΘεσ/νίκης 111/2013, ΔΕΦΑΘ 226/2013, Ε.Α. ΣΤΕ 133/2012, 670/2009, 438/2008, 117/2007, 1208, 1076, 977/2006, 763, 373, 356/2004). 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, 303/20).

20. Επειδή, εξάλλου, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από την νομολογία, ο ισχυρισμός της αιτούσας ότι οι πλησσόμενοι όροι των προς προμήθεια ειδών αποτελούν φωτογραφική περιγραφή των προϊόντων τα οποία κατασκευάζει ή προμηθεύει μόνο μία συγκεκριμένη κατονομαζόμενη εταιρεία και ίδια το γεγονός της ταύτισης των πλησσομένων προδιαγραφών με προϊόντα της εν λόγω εταιρείας δεν αρκεί για να θεωρηθεί ότι οι προδιαγραφές είναι φωτογραφικές (*ad hoc* ΔΕΦΑΘ 296/2013, 885/2012 (ασφ.), ΣΤΕ ΕΑ 9/2015, 676/2011, 429, 1140, 1024, 1025, 836/2010, 829, 201/2007).

21. Επειδή, ακόμη, και ανεξαρτήτως των ανωτέρω, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από την νομολογία, ο γενικός και αόριστος ισχυρισμός της αιτούσας ότι οι πλησσόμενοι όροι των προς προμήθεια ειδών αποτελούν φωτογραφική περιγραφή των προϊόντων τα οποία κατασκευάζει ή προμηθεύει μόνο μία συγκεκριμένη κατονομαζόμενη εταιρεία απορρίπτονται ως προεχόντως απαράδεκτοι επειδή είναι αόριστοι, αναπόδεικτοι και ανυποστήρικτοι, καθόσον δεν γίνεται προσκόμιση και επίκληση στοιχείων προς απόδειξη της πραγματικής βάσης του ισχυρισμού τούτου, και ίδια αποδεικτικά στοιχεία από τα οποία να προκύπτει ότι το αναφερόμενο ως φωτογραφιζόμενο προϊόν και μόνον αυτό διαθέτει τις πλησσόμενες προδιαγραφές (*ad hoc* ΣΤΕ ΕΑ 836, 429, 1025, 1140/2010, 474/2009, 1317/2007).

22. Επειδή, αναφορικά με τον πρώτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής, που αναφέρεται στο Τμήμα 3, κρίνεται αβάσιμος, 1) διότι ο προσφεύγων δεν επικαλείται ορισμένως ούτε θεμελιώνει το έννομό του συμφέρον, καθόσον δεν

ισχυρίζεται ειδικά ότι λόγω των επίμαχων προδιαγραφών αποκλείεται ή καθίσταται ουσιαδώς δυσχερής η συμμετοχή του στον διαγωνισμό, 2) λόγω αοριστίας, επειδή δεν επικαλείται ότι οι επίμαχες τεχνικές προδιαγραφές προσκρούουν σε συγκεκριμένη διάταξη νόμου, και επειδή δεν προκύπτει από την προσφυγή για ποιόν λόγο είναι ασαφείς οι επίμαχες προδιαγραφές και ίδια για ποιόν λόγο η χρήση των λέξεων κατά προτίμηση, επιθυμητή, επιθυμητός προκαλούν αμφισημία και σύγχυση ως προς την δυνατότητα αξιολόγησης της προσφοράς, δεδομένου ότι όπως βάσιμα ισχυρίζεται και η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της «... η μη πλήρωσή τους δεν οδηγεί σε αποκλεισμό υποψήφιων προμηθευτών. Επιπλέον, δεν βαθμολογούνται με τον οποιονδήποτε τρόπο και ως εκ τούτου δεν πριμοδοτούν τον υποψήφιο προμηθευτή που τις πληροί ...», 3) διότι υπεισέρχονται στο πεδίο που αφορά στην σκοπιμότητα επιλογής των εν θέματι προδιαγραφών από την αναθέτουσα αρχή. Και τούτο επειδή ο προσφεύγων αμφισβητεί την νομιμότητα των τεχνικών προδιαγραφών για το β σκέλος, ισχυριζόμενος ότι οι επίμαχες προδιαγραφές χαρακτηρίζουν είδη εξελιγμένης τεχνολογίας σε σχέση με εκείνα που ο ίδιος προφανώς προκρίνει, και ότι η προμήθεια δημιουργεί ασάφεια, 4) διότι ο προσφεύγων επιχειρεί να διαμορφώσει τις επίμαχες τεχνικές προδιαγραφές με συγκεκριμένο ρητό τρόπο που –καταφανώς- εξυπηρετεί δικές του επαγγελματικές ανάγκες και δυνατότητες, και 5) λόγω μη απόδειξης του εννόμου συμφέροντός του, επειδή ο προσφεύγων δεν απέδειξε ότι ο ίδιος διαθέτει προϊόντα που δεν πληρούν την επίμαχη προδιαγραφή, ενώ όλοι του οι νομικοί και πραγματικοί ισχυρισμοί παραμένουν αναπόδεικτοι.

23. Επειδή, αναφορικά με τον δεύτερο λόγο της προδικαστικής προσφυγής, που αναφέρεται στο Τμήμα 7, κρίνεται αβάσιμος, 1) διότι είναι αόριστος και ανυποστήρικτος, επειδή δεν προσκομίζει καμία απόδειξη για την ουσιαστική βασιμότητα του ισχυρισμού του ότι η πλησσόμενη προδιαγραφή είναι φωτογραφική υπέρ μίας εταιρείας, δεδομένου εξ άλλου, ότι ο απλός ισχυρισμός της ταύτισης της πλησσόμενης προδιαγραφής, με προϊόντα αποκλειστικά και μόνον μιας άλλης (πλην του προσφεύγοντα) εταιρίας, και αληθής υποτιθέμενος, δεν αρκεί μόνος του ώστε να θεωρηθεί ως φωτογραφικός ο πλησσόμενος όρος, 2) Διότι υπεισέρχεται στην σκοπιμότητα επιλογής της επίμαχης τεχνικής προδιαγραφής από την αναθέτουσα αρχή, αμφισβητώντας την σκοπιμότητα της ασύρματης μεταφοράς δεδομένων, 3) διότι ο προσφεύγων επιχειρεί να διαμορφώσει την επίμαχη τεχνική προδιαγραφή με

συγκεκριμένο ρητό τρόπο που –καταφανώς- εξυπηρετεί δικές του επαγγελματικές ανάγκες και δυνατότητες και 4) λόγω μη απόδειξης του εννόμου συμφέροντός του, επειδή ο προσφεύγων δεν απέδειξε ότι ο ίδιος διαθέτει προϊόντα που δεν πληρούν την επίμαχη προδιαγραφή, ενώ όλοι του οι νομικοί και πραγματικοί ισχυρισμοί παραμένουν αναπόδεικτοι. Επικουρικά σημειώνεται ότι ο προσφεύγων απαραδέκτως επικαλείται τα συνημμένα έγγραφα, τα οποία δεν μπορεί να αξιολογηθούν καθότι δεν πληρούν τους όρους της σχετικής νομοθεσίας. Και τούτο διότι αποτελούν αλλοδαπά ιδιωτικά έγγραφα τα οποία όμως υποβλήθηκαν αμετάφραστα και χωρίς επικύρωση από δικηγόρο, χωρίς δηλαδή να πληρούν τις προϋποθέσεις του νόμου, σύμφωνα με τις διατάξεις της παραγράφου 2 του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 και του άρθρου 454 του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας που ορίζει ότι «1. Αν το έγγραφο που προσάγεται έχει συνταχθεί σε ξένη γλώσσα, υποβάλλεται μαζί και επίσημη μετάφρασή του επικυρωμένη από το Υπουργείο Εξωτερικών ή άλλο αρμόδιο κατά το νόμο πρόσωπο ή από την πρεσβεία ή το προξενείο της Ελλάδας στη χώρα, στην περιοχή της οποίας έχει συνταχθεί το έγγραφο ή από την πρεσβεία στην Ελλάδα ή το προξενείο της ίδιας χώρας», διατάξεις που καταλαμβάνουν και την ΑΕΠΠ, η οποία κατά το άρθρο 347 του ιδρυτικού της νόμου (4412/2016) αποτελεί ανεξάρτητη διοικητική αρχή. Ως εκ των ανωτέρω, όλοι οι νομικοί και πραγματικοί ισχυρισμοί του προσφεύγοντα παραμένουν αναπόδεικτοι.

24. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί εν συνόλω.

25. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 Ν.4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παράβολου.

Αριθμός Απόφασης: 569 / 2018

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 03-07-2018 και εκδόθηκε την 23-07-2018 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΝΙΚΟΛΑΟΣ Σ. ΣΑΒΒΙΔΗΣ

ΟΛΓΑ ΘΑΝΟΥ