

**Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

4ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 24 Αυγούστου 2018 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Κίτσος, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Εισηγήτρια και Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Μέλη, δυνάμει της υπ' αριθμ. 1/2018 Απόφασης της Ολομέλειας της Αρχής.

Για να εξετάσει την από 18.07.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 680/19.07.2018 της προσφεύγουσας εταιρίας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του Γενικού Νοσοκομείου Κορίνθου (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα εταιρία επιδιώκει, όπως ακυρωθεί η με α/α 1 τεχνική προδιαγραφή του Παραρτήματος ΙΙ της υπ' αριθμ. 14/2018 Διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής, εκδοθείσα στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με τίτλο: «Προμήθεια Εξοπλισμού Χειρουργείου του Γ.Ν. Κορίνθου», προϋπολογισμού €205.645,16 μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση τη βέλτιστη σχέση ποιότητας - τιμής (ΑΔΑ: 6ΒΠ94690Β5-ΑΩΤ, Συστημικός αριθμός ΕΣΗΔΗΣ: 60850).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ.

Αριθμός απόφασης: 729/2018

22457761395809140032, ποσού εξακοσίων ευρώ €600,00 αναλογούν Παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρία άσκησε την, από 18.07.2018, Προδικαστική Προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 680/19.07.2018, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Α.Ε.Π.Π, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 Κανονισμού.

3. Επειδή, η ως άνω Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά Διακήρυξης που εκδόθηκε στο πλαίσιο δημόσιου, διεθνούς, ανοικτού, ηλεκτρονικού Διαγωνισμού, συνολικού προϋπολογισμού €205.645,16€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α, ανώτερου του ορίου που θεσπίζεται στο άρθρο 345 του Ν. 4412/2016 για την καθ' ύλη αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης, δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 του Ν. 4487/2017 (Α' 116), δεδομένου ότι η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε μετά τις 26.06.2017.

4. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα εταιρία προσβάλλει την ως άνω Διακήρυξη, καθόσον η κατ' αυτής Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (γ) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (γ) του Κανονισμού. Στο σημείο αυτό σημειώνεται ότι ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής (όπως αποτυπώνεται στο με αρ. πρωτ. 21558/24.07.2018 έγγραφο απόψεων προς το κρίνον Κλιμάκιο), κατά τον οποίο, η προσφεύγουσα είχε δικαίωμα να ασκήσει την Προσφυγή της μέχρι τις 09.07.2018, καθόσον η προσβαλλομένη Διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ στις 25.06.2018, είναι αβάσιμος. Επισημαίνεται ως προς το ζήτημα αυτό ότι, με βάση τις ανωτέρω διατάξεις, η προσφεύγουσα είχε προθεσμία 25

(10 + 15) ημερών, για να την ασκήσει εμπρόθεσμα την Προσφυγή της, αρχόμενη την 26.06.2018 (καθόσον η Διακήρυξη αναρτήθηκε στις 25.06.2018 στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) και λήγουσα στις 20.07.2018. Με βάση τα προεκτεθέντα, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, είναι εμπρόθεσμη, αφού (αποδεδειγμένα) υπεβλήθη στον ηλεκτρονικό τόπο του Διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 18.07.2018.

5. Επειδή η προσφεύγουσα, η οποία δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της επίμαχης προμήθειας, ήτοι στην εμπορία και συντήρηση ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού (εκπροσωπώντας στην Ελλάδα τον οίκο «...»), έχει άμεσο, ενεστώδες και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής, υφιστάμενη δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, κατά το άρθρο 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, καθόσον, όπως ισχυρίζεται (σελ. 5 της Προσφυγής της), με την με α/α 1 τεχνική προδιαγραφή του Παραρτήματος II («Τεχνικές Προδιαγραφές - Φύλλο Συμμόρφωσης - Ειδικοί Όροι») της προσβαλλόμενης Διακήρυξης – σύμφωνα με την οποία, το πλάτος του κλιβάνου αποστείρωσης – θα πρέπει (επί ποινή αποκλεισμού) να μην είναι μεγαλύτερο από 1000 mm, αποκλείεται ή δυσχεραίνεται ουσιαδώς η συμμετοχή της στον υπόψη Διαγωνισμό, δεδομένου ότι ο προσφερόμενος από αυτήν κλίβανος αποστείρωσης διαθέτει πλάτος 1175 mm. Περαιτέρω, κατά την προσφεύγουσα, ο επίμαχος όρος αποτελεί «φωτογραφική» περιγραφή του προϊόντος που προσφέρεται από δύο (2) συγκεκριμένες εταιρίες («...» και «...»), ενώ η τροποποίηση της επίμαχης τεχνικής προδιαγραφής «[...] δεν υποβιβάζει σε καμία περίπτωση την ζητούμενη ποιότητα, ενώ και η απόκλιση του πλάτους του προϊόντος που προσφέρεται, είναι μόλις 17 cm από το [...] ζητούμενο πλάτος [...]». Επίσης, η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι, ήδη κατά το στάδιο της εγκρίσεως του προσχεδίου τεύχους Διακήρυξης για τη διενέργεια δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού (ΑΠΟΦΑΣΗ ΔΣ 41/21.12.2017 ΘΕΜΑ 9^ο), απέστειλε σχετικό Υπόμνημα (02.02.2018) στο εν λόγω Νοσοκομείο, ζητώντας την τροποποίηση του συγκεκριμένου όρου, προκειμένου να διασφαλίσει την ισότιμη συμμετοχή της σε αυτόν. Τέλος, όπως άλλωστε προκύπτει από τον

διαδικτυακό τόπο του Διαγωνισμού, η προσφεύγουσα υπέβαλε τη με αριθμό 104044 Προσφορά στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, με διατύπωση επιφύλαξης σε σχέση με την με α/α 1 τεχνική προδιαγραφή του Παραρτήματος II.

7. Επειδή, στο άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), παράγραφος 1 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «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. [...]». (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.11.1999, Υπόθεση C-275/98, Unitron Scandinavia A/S, σκέψη 31• ΔΕΕ, Απόφαση της 7.12.2000, Υπόθεση C-324/98, Telaustria Verlags GmbH, σκέψη 61• ΔΕΕ, Απόφαση της 18.06.2002, Υπόθεση C-92/00, Stadt Wien, σκέψη 45).

8. Επειδή, στο άρθρο 54 «Τεχνικές προδιαγραφές (άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/Ε.Ε), παράγραφοι 2 έως 4 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «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 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 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 αντικειμένου της σύμβασης κατ' εφαρμογή της παρ. 3. Η εν λόγω μνεία συνοδεύεται από τον όρο «ή ισοδύναμο».

9. Επειδή, στις παραγράφους 1.β) και 2 του Παραρτήματος VIII («Ορισμός ορισμένων τεχνικών προδιαγραφών») του Προσαρτήματος Α' του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «Για τους σκοπούς του Βιβλίου Ι νοούνται ως: 1. «τεχνική προδιαγραφή»: ένα από τα ακόλουθα: α) [...], 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 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 διαστάσεων 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· 2. «πρότυπο»: η τεχνική προδιαγραφή που έχει εγκριθεί από αναγνωρισμένο οργανισμό με δραστηριότητα τυποποίησης, για επαναλαμβανόμενη ή διαρκή εφαρμογή, της οποίας όμως η τήρηση δεν είναι υποχρεωτική και εμπίπτει σε μία από τις ακόλουθες κατηγορίες: α) «διεθνές πρότυπο»: πρότυπο που έχει εγκριθεί από διεθνή οργανισμό τυποποίησης και έχει τεθεί στη διάθεση του κοινού· β) «ευρωπαϊκό πρότυπο»: πρότυπο εγκεκριμένο από ευρωπαϊκό οργανισμό τυποποίησης που έχει τεθεί στη διάθεση του κοινού· γ) «εθνικό πρότυπο»: πρότυπο που έχει εκδοθεί από εθνικό οργανισμό τυποποίησης και έχει τεθεί στη διάθεση του κοινού».

10. Επειδή, έχει κριθεί ότι η αναθέτουσα αρχή είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει, κατά την κρίση της, τους όρους της Διακήρυξης για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας, ως προς τα προς προμήθεια προϊόντα, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, η δε θέσπιση με τη Διακήρυξη των προδιαγραφών που 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 των διαγωνιζομένων, των οποίων τα αγαθά δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους απαραδέκτως

αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (ΣΤΕ ΕΑ 124/2015, 9/2015, 354/2014). Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από την άποψη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (ΣΤΕ 189/2015, ΕΑ 124/2015, 9/2015, 354/2014).

11. Επειδή, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 54 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 (όπως αναλύθηκε στη σκέψη 8 της παρούσας), που ενσωμάτωσε στην εθνική έννομη τάξη την αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, οι τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης θα πρέπει να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και επιπλέον να μην θέτουν αδικαιολόγητα 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 αυτής χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου. Εξάλλου, είναι αδικαιολόγητος ο περιορισμός του ανταγωνισμού μέσω τεχνικής προδιαγραφής που λειτουργεί ως κριτήριο αποκλεισμού από την ανάθεση, όταν - μεταξύ άλλων - δε συνδέεται με το αντικείμενο της σύμβασης (Αιτιολογική σκέψη 46 Προοιμίου Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ΔΕΕ, Απόφαση της 17.11.2002, Υπόθεση C-513/99 Concordia, σκέψεις 59 και 65· ΔΕΕ, Απόφαση της 4.12.2003, Υπόθεση C-448/01, Wienstrom, σκέψη 34 κλπ) ή παραβιάζει αρχές του ενωσιακού δικαίου, όπως της ίσης μεταχείρισης (ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54· Αποφάσεις της 27.11.2001, Υποθέσεις C-285/99 και C-286/99, Impresa Lombardini SpA, σκέψη 37· ΔΕΕ, Απόφαση της 19.06.2003, Υπόθεση C-315/01, GAT, σκέψη 73· ΔΕΕ Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική, σκέψη 45· ΔΕΕ, Απόφαση της 12.03.2015, C-538/13, eVigilo, σκέψη 33· ΔΕΕ, Απόφαση της 06.11.2014, Υπόθεση C-42/13, Cartiera dell'Adda, σκέψη 44· ΔΕΕ Απόφαση της 24.05.2016, Υπόθεση C-396/14, MT Højgaard A/S, Züblin A/S, σκέψη 37 κλπ).

12. Επειδή, περαιτέρω, στην αιτιολογική σκέψη (74) του Προοιμίου της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014 σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, αναφέρεται ότι: «Οι τεχνικές προδιαγραφές που καθορίζονται από τους αγοραστές του Δημοσίου πρέπει να επιτρέπουν το άνοιγμα των δημόσιων προμηθειών στον ανταγωνισμό καθώς και την επίτευξη των στόχων βιωσιμότητας. Για τον σκοπό αυτό, θα πρέπει να είναι δυνατή η υποβολή προσφορών που αντικατοπτρίζουν την ποικιλία των προτύπων για τεχνικές λύσεις και των τεχνικών προδιαγραφών στην αγορά, συμπεριλαμβανομένων όσων καταρτίζονται βάσει των κριτηρίων απόδοσης βάσει του κύκλου ζωής και της βιωσιμότητας της διαδικασίας παραγωγής των έργων, αγαθών και υπηρεσιών. Κατά συνέπεια, οι τεχνικές προδιαγραφές θα πρέπει να καταρτίζονται κατά τρόπο ώστε να αποφεύγεται ο τεχνητός περιορισμός του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που να ευνοούν έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, αντικατοπτρίζοντας βασικά χαρακτηριστικά των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων που παρέχονται συνήθως από τον οικονομικό φορέα αυτό [...]».

13. Επειδή, όπως συνάγεται από τα ανωτέρω, οι τιθέμενες δια της Διακήρυξης τεχνικές προδιαγραφές, αποτελούν τεχνικές προδιαγραφές, τις οποίες ο διαγωνιζόμενος πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να διαθέτει και δεν είναι ασύνδετες ή δυσανάλογες με το αντικείμενο του διαγωνισμού (ΔΕΕ, Απόφαση της 10.05.2012, Υπόθεση C-368/10 Επιτροπή κατά Βασιλείου Κάτω Χωρών, σκέψη 74). Αντιθέτως, κατά την εκτίμηση των αναγκών της αναθέτουσας αρχής, οι τεθείσες στη Διακήρυξη απαιτήσεις σκοπούν στην επίτευξη της ευρύτερης δυνατής συμμετοχής στον διαγωνισμό και την ανάπτυξη του μέγιστου δυνατού ανταγωνισμού. Η δε εφαρμογή των τεχνικών προδιαγραφών είναι οριζόντια, έχουν γίνει εκ των προτέρων και έγκαιρα, γνωστές σε ευρύ κύκλο προσώπων και δεν κρίνεται ότι πριμοδοτούν αθέμιτα, ορισμένα προϊόντα υποψήφιων προμηθευτών, έναντι άλλων (βλ. υπ' αριθμ. 128/2017 Απόφαση 3ου Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π, σκέψη 171).

14. Επειδή, η αρχή της διαφάνειας, προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στη Διακήρυξη του Διαγωνισμού ή στη Συγγραφή Υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του εάν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.06.2002, Υπόθεση C-92/00, Stadt Wien, σκέψη 45, ΔΕΕ, Απόφαση της 12.12.2002, Υπόθεση C-470/99, Universale-Bau, σκέψη 91, ΔΕΕ, Απόφαση της 29.04.2005, Υπόθεση C496/1999, CAS Succhi di Frutta SpA, σκέψη 111 κλπ).

15. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, ΣΤΕ 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C-19/00 Siac Construction Ltd, σκέψεις 34 και 44· ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54).

16. Επειδή, την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων διέπει η αρχή του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού, ο οποίος και μόνον αυτός, διασφαλίζει την

προστασία των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, επιτρέποντας τη προμήθεια αγαθών, υπηρεσιών και έργων με τους βέλτιστους ποιοτικά και οικονομικά όρους. Η εν λόγω θεμελιώδης αρχή ισχύει, τόσο στο επίπεδο της αναθέτουσας αρχής, όσο και μεταξύ των συμμετεχόντων (σε δημόσιο διαγωνισμό) οικονομικών φορέων (ΔΕΕ, Απόφαση της 19.04.2012, Υπόθεση C-549/10 Tomra Systems ASA, Tomra Europe AS κλπ κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής).

17. Επειδή, ως έχει παγίως κριθεί, προκειμένου να είναι ορισμένος ισχυρισμός περί «φωτογραφικού» όρου Διακήρυξης, πρέπει να κατονομάζεται ο οικονομικός φορέας που είναι ο μόνος δυνάμενος να συμμετάσχει ως συνέπεια της εν θέματι προδιαγραφής (ΣΤΕ ΕΑ 314/2013, 474/2009, 829/2009, 1354/2009 κλπ).

18. Επειδή, στη με α/α 1 τεχνική προδιαγραφή του Παρατήματος II («Τεχνικές Προδιαγραφές - Φύλλο Συμμόρφωσης - Ειδικό Όροι» α) ΚΛΙΒΑΝΟΣ ΑΤΜΟΥ ΜΕ ΑΤΜΟΓΕΝΝΗΤΡΙΑ») της οικείας Διακήρυξης (σελ.39), ορίζεται ότι: «[...] Επί ποινή αποκλεισμού το πλάτος του κλιβάνου δεν θα είναι μεγαλύτερο από 1000 χιλ. για να χωρά σε ευθεία γραμμή με τον υπάρχοντα κλίβανο BELIMED στην όψη φόρτωσης ώστε να υπάρχει επαρκής χώρος επισκεψιμότητας για service μεταξύ των δύο κλιβάνων [...]». Επειδή, περαιτέρω, στην παρ. 4 των «Ειδικών Όρων Υποχρεώσεων Προμηθευτή» του ως άνω Παρατήματος της Διακήρυξης (σελ. 41), ορίζεται ότι: «Όλη η προετοιμασία των απαιτούμενων παροχών του νέου κλιβάνου βαρύνει το Νοσοκομείο. Επιπρόσθετα, στην προετοιμασία του χώρου περιλαμβάνεται η τροποποίηση και η τελική διαμόρφωση των ανοξείδωτων μεταλλικών επιφανειών των δύο προσόψεων. Ως εκ τούτου, ο προμηθευτής υποχρεούται να καταθέσει πλήρη τεχνικά στοιχεία παροχών και καταναλώσεων του νέου κλιβάνου στην Τεχνική Υπηρεσία του Νοσοκομείου [...]».

19. Επειδή, στο Κεφάλαιο «Γενικές Επισημάνσεις» του Παρατήματος II («Τεχνικές Προδιαγραφές - Φύλλο Συμμόρφωσης - Ειδικό Όροι») της επίμαχης

Διακήρυξης (σελ. 47), ορίζεται ότι: «Τα προσφερόμενα είδη πρέπει να πληρούν τις τεχνικές προδιαγραφές που αποτελούν αναπόσπαστο μέρος της παρούσας Διακήρυξης. Ο υποψήφιος προμηθευτής λαμβάνει γνώση των ποσοτικών και ποιοτικών Τεχνικών Προδιαγραφών και των Ειδικών Όρων και δεσμεύεται ότι θα συμμορφώνεται με όλους τους όρους των Τεχνικών Προδιαγραφών των υπό προμήθεια ειδών, όπως περιγράφονται στους παρακάτω Πίνακες-Φύλλο Συμμόρφωσης [...] Οι όροι των Τεχνικών Προδιαγραφών είναι απαραίσιμοι [...]».

20. Επειδή, η οικεία αναθέτουσα αρχή, στο με αρ. πρωτ. 21558/24.07.2018 έγγραφο απόψεων που απέστειλε προς το κρίνον Κλιμάκιο, ισχυρίζεται - σε σχέση με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή - τα εξής: α) το συνολικό πλάτος της κεντρικής αποστείρωσης του Γενικού Νοσοκομείου Κορίνθου, όπου είναι τοποθετημένοι οι κλίβανοι, είναι 3190 mm και εξ αυτών, τα 1310 mm τα καταλαμβάνει ο υπάρχων κλίβανος. Το Νοσοκομείο, λαμβάνοντας υπόψη τη σταθερή διάσταση της τροφοδοσίας νερού (280 mm) θεωρεί ότι για την επέμβαση των συντηρητών, το υπολειπόμενο πλάτος είναι 1600 mm. Συνεπώς, η επιλογή του επίμαχου πλάτους για τον νέο κλίβανο αποστείρωσης (900-1000 mm), ήταν αναγκαία, ώστε ο ενδιάμεσος χώρος μεταξύ των δύο κλιβάνων (παλαιού και νέου) να είναι επαρκής για την προσβασιμότητα των τεχνικών συντήρησης (service), β) οι τρεις (3) από τους τέσσερις (4) προσφέροντες διαθέτουν κλίβανο με το ζητούμενο πλάτος «[...] χωρίς να φωτογραφίζεται καμία μοναδική εταιρία, σύμφωνα με την άνω προδιαγραφή [...]» και γ) ο συγκεκριμένος Διαγωνισμός θα πρέπει να ολοκληρωθεί μέχρι τις 31.12.2018, καθόσον έχει ενταχθεί στο Επιχειρησιακό Πρόγραμμα της Περιφέρειας Πελοποννήσου «Πελοπόννησος 2014-2020» - Άξονας Προτεραιότητας 2B «Υποδομές Ανάπτυξης Ανθρώπινου Δυναμικού» και συγχρηματοδοτείται από το Ευρωπαϊκό Ταμείο Περιφερειακής Ανάπτυξης (ΕΤΠΑ) [...]».

21. Επειδή, στην επίμαχη Διακήρυξη προβλέπεται ότι η όλη η προετοιμασία των απαιτούμενων παροχών (ρεύμα, νερό, αποχέτευση κλπ) του

νέου κλιβάνου βαρύνει το υπόψη Νοσοκομείο» («Ειδικοί Όροι Υποχρεώσεων Προμηθευτή», Παράρτημα ΙΙ Διακήρυξης, σελ. 41), συνάγεται σαφώς, ότι μόνο το Γ.Ν. Κορίνθου δύναται - λαμβάνοντας υπόψη του το πλάτος της κεντρικής αποστείρωσης και ειδικότερα τη σταθερή διάσταση της τροφοδοσίας νερού (280 mm) - να θεσπίσει το επίμαχο πλάτος για τον νέο κλίβανο αποστείρωσης (1000 mm), ως απαραίτατο όρο (τεχνική προδιαγραφή), προς το σκοπό της καλύτερης εξυπηρέτησης των αναγκών του. Επειδή, περαιτέρω, ο εναπομένον χώρος μεταξύ των δύο κλιβάνων [ήτοι του παλαιού (BELIMED) και του προσφερόμενου (νέου)], πρέπει να είναι επαρκής για την πρόσβαση των τεχνικών συντήρησης (service), το υπόψη Νοσοκομείο έκρινε, συνεκτιμώντας τις γενικές συνθήκες περιβάλλοντος και τις υφιστάμενες παροχές, ότι ο επίμαχος όρος είναι πρόσφορος και αναγκαίος για την ασφαλή εκτέλεση των απαιτούμενων εργασιών συντήρησης.

22. Επειδή, η προσφεύγουσα επικαλείται με τρόπο γενικό και αόριστο, αντίθεση του πληττόμενου όρου της Διακήρυξης με τις ενωσιακές αρχές τις διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και του ανόθευτου ανταγωνισμού, ενώ απόκειται κατ' αρχήν στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να θεσπίσει τους όρους της Διακηρύξεως και τις τεχνικές προδιαγραφές των υπό προμήθεια ειδών με τέτοιο τρόπο, που, κατά την κρίση της, εξυπηρετεί το συμφέρον της Υπηρεσίας, τηρουμένων βεβαίως των θεμελιωδών αρχών και των διατάξεων της εθνικής και ενωσιακής νομοθεσίας που διέπουν τη διαδικασία ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων. Έτι περαιτέρω, η προσφεύγουσα συμμετείχε στον επίμαχο Διαγωνισμό, υποβάλλοντας τη με αριθμό 104044 Προσφορά, με διατύπωση σχετικής επιφύλαξης ως προς την αμφισβητούμενη τεχνική προδιαγραφή.

23. Επειδή, είναι καθόλα αόριστος και συνεπώς απορριπτέος ως απαραίδεκτος, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας (σελ. 4-5 της Προσφυγής της), ότι λόγω των συχνών επισκέψεων της στον χώρο γενικής αποστείρωσης του υπόψη Νοσοκομείου, είναι βέβαιον ότι υπάρχει ικανός χώρος, τόσο για την τοποθέτηση του δικού της μηχανήματος (πλάτους 1175mm), όσο και για την

τοποθέτηση των μηχανημάτων των ανταγωνιστών της. Επειδή, περαιτέρω, είναι αόριστος, και (ως εκ τούτου) απαράδεκτος και απορριπτέος, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας (σελ. 7-8 της Προσφυγής της), κατά τον οποίον, ο «φωτογραφικός» χαρακτήρας του επίμαχου όρου αποδεικνύεται από την απόφαση των κατονομαζόμενων στην Προσφυγή της εταιριών («...» και «...»), να δηλώσουν συμμετοχή μόνο στον υπό εξέταση Διαγωνισμό και (αντιστοίχως) να μη συμμετάσχουν - αν και πληρούν τους όρους συμμετοχής - σε κανένα εκ των διενεργούμενων διαγωνισμών προμήθειας κλιβάνων (όπως π.χ του Γενικού Νοσοκομείου Γρεβενών: υπ' αριθμ. 10/2018 Διακήρυξη, του Γενικού Νοσοκομείου Σπάρτης: υπ' αριθμ. 21/2018 Διακήρυξη, του Γενικού Νοσοκομείου ΚΑΤ: υπ' αριθμ. 21/2018 Διακήρυξη). Περαιτέρω, ο γενικός και αόριστος ισχυρισμός της προσφεύγουσας, ότι με τη θέσπιση του επίμαχου όρου «φωτογραφίζονται» τα μηχανήματα των ανταγωνιστών της, δεν κρίνεται ότι μπορεί να γίνει δεκτός, δεδομένου ότι, το γεγονός της ταύτισης της προσβαλλόμενης προδιαγραφής με τα προϊόντα των ως άνω δύο (2) εταιριών, δεν αρκεί, για να θεωρηθεί ότι αυτές είναι «φωτογραφικές» (ΣΤΕ ΕΑ 676/2011, 1140, 1024, 1025, 836/2010, ΔΕΦΑΘ 296/2013, ΕΑ 1025, 836/2010, 829, 201/2007).

24. Επειδή, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας σχετικά με την πρακτική αξία της επίμαχης προδιαγραφής, αφορά σε αξιολογική κρίση σχετικά με τη σκοπιμότητα αυτής και, όπως έχει παγίως κριθεί, απαραδέκτως προβάλλονται ισχυρισμοί ως προς την σκοπιμότητα της θέσπισης συγκεκριμένης προδιαγραφής (Ε.Α. 354/2014, 1140/2010 κλπ). Επομένως, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ως προς την πρακτική ή μη αξία της προσβαλλόμενης τεχνικής προδιαγραφής, απορρίπτεται ως απαράδεκτος.

25. Επειδή εν τέλει, η προσφεύγουσα επιχειρεί – υπό την μορφή της αμφισβήτησης της νομιμότητας της επίμαχης τεχνικής προδιαγραφής – να προσδιορίσει, κατά τις δικές της δυνατότητες, το προς προμήθεια είδος και να καθορίσει, με βάση δικές της εκτιμήσεις, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, είναι απορριπτέα, ως απαράδεκτη.

26. Επειδή ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, η προσφεύγουσα δεν τεκμηριώνει πέρα πάσης αμφιβολίας τις αιτιάσεις της σε βάρος του συγκεκριμένου όρου της Διακήρυξης και σε κάθε περίπτωση, δεν αποδεικνύει επαρκώς, με ποιο τρόπο η θέση της συγκεκριμένης τεχνικής προδιαγραφής στην υπό εξέταση Διακήρυξη, παραβιάζει αναγκαστικού δικαίου διατάξεις ή πολύ περισσότερο, οδηγεί σε νόθευση ή περιορισμό του ανταγωνισμού, μεταξύ των εν δυνάμει υποψηφίων. Η δε αόριστη και όλως αβάσιμη επίκληση εκ μέρους της προσφεύγουσας ότι, με τον προσβαλλόμενου όρο της Διακήρυξης θίγονται οι διατάξεις των άρθρων 54 παρ. 2-4 και 18 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, διότι τίθενται αδικαιολόγητα εμπόδια στον ανταγωνισμό και προωθείται η ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένων οικονομικών φορέων, κατά παράβαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, κρίνεται ως απορριπτέα στο σύνολό της.

27. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

28. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 του Ν.4412/2016, άρθρο 5 ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προσφυγή

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου

Αριθμός απόφασης: 729/2018

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 24 Αυγούστου 2018 και εκδόθηκε στις 13.09.2018

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Ιωάννης Κίτσος

Ιωάννα Κακλαμάνη