

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 13 Ιουλίου 2020 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Σειραδάκης, Πρόεδρος-Εισηγητής, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 04.06.2020 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 742/15.06.2020 της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία « ... Α.Ε.» που εδρεύει στον ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του «...» (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Με την Προδικαστική Προσφυγή, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 18/2020 (με αριθμό πρωτοκόλλου ...) Διακήρυξη.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, το Γενικό Νοσοκομείο ... «...» ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Δημόσιο Ηλεκτρονικό Ανοιχτό Διαγωνισμό, με Αριθμό Διακήρυξης 18/2020 (με αριθμό πρωτοκόλλου ...) και Αριθμό Συστήματος Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Διαγωνισμών (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) ..., η οποία αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 21.05.2020, με μοναδικό κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) ..., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, αποκλειστικά βάσει τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου για την προμήθεια «ΥΛΙΚΩΝ ΓΙΑ ΛΑΠΑΡΟΣΚΟΠΙΚΕΣ ΕΠΕΜΒΑΣΕΙΣ ΚΑΙ ΕΠΕΜΒΑΣΕΙΣ ΓΕΝΙΚΗΣ ΧΕΙΡΟΥΡΓΙΚΗΣ» (CPV: ...), προϋπολογισθείσας

Αριθμός Απόφασης: 880/2020

δαπάνης εκατόν εννέα χιλιάδων τριακοσίων σαράντα δύο ευρώ και δεκαεπτά λεπτών (109.342,17 €) συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 9 % και 17%, διάρκειας ενός (1) έτους, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 11^η Ιουνίου 2020, ημέρα Πέμπτη και ώρα 15:00 μ.μ. Η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε την 04.06.2020 στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. την υπό κρίση Προσφυγή της και την κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. στις 16.06.2020.

2. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρεία στρέφεται κατά της υπ' αριθμ. 18/2020 (με αριθμό πρωτοκόλλου ...) Διακήρυξης, κατά το μέρος που για τα είδη του διαγωνισμού α/α 5, 6 και 7, απαιτούνται πλέγματα για ενδοπεριτοναϊκή χρήση, τα οποία προσιδιάζουν στα μοναδικά χαρακτηριστικά που φέρουν τα προϊόντα συγκεκριμένης εταιρείας, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα αιτείται: α) να γίνει δεκτή η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, β) να ακυρωθεί μερικώς ή άλλως να τροποποιηθεί η 18/2020 (με αριθμό πρωτοκόλλου ...) Διακήρυξη κατά το μέρος που πλήττεται με την προσφυγή και γ) να της επιστραφεί το κατατεθέν παράβολο.

4. Επειδή, η Προσφυγή έχει ασκηθεί με 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.

5. Επειδή, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου ...), όπως εξοφλήθηκε δυνάμει του από 04.06.2020 αποδεικτικού εξόφλησης της Τράπεζας Eurobank Ergasias A.E., ποσού εξακοσίων ευρώ (600,00 €) και έχει δεσμευτεί, δυνάμει του αντίστοιχου αποδεικτικού αυτόματης δέσμευσης του παραβόλου της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (Γ.Γ.Π.Σ.).

6. Επειδή, ο επίμαχος Διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016.

Αριθμός Απόφασης: 880/2020

7. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

9. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016.

10. Επειδή, στις 09.06.2020, η Αναθέτουσα Αρχή προέβη στην κοινοποίηση της υπό εξέταση Προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «επικοινωνίας» του Διαγωνισμού στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.

11. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, προσκλήθηκε, από τον Πρόεδρο του 7^{ου} Κλιμακίου, δυνάμει της υπ' αριθμ. 916/16.06.2020 Πράξης του «Περί Ορισμού Ημερομηνίας Εξέτασης Προδικαστικής Προσφυγής και Εισηγητή – Κλήση Περί Απόψεων Επί Αιτήματος Προσωρινών Μέτρων», η οποία της κοινοποιήθηκε στις 16.06.2020 και υπέβαλε στις 18.06.2020, ήτοι εντός της οριζόμενης προθεσμίας στο οικείο Κλιμάκιο, τις προβλεπόμενες από το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 9 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, απόψεις της, σχετικά με την υπό κρίση προσφυγή.

12. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω και στο ισχύον πλαίσιο (Ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο με τον νόμο σύστημα παροχής δικαστικής προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής, παράβαση των κανόνων, οι οποίοι καθορίζουν τις

Αριθμός Απόφασης: 880/2020

προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. κατά την έννοια του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 κατά της Διακήρυξης ή των τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την προσφυγή αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί, με τρόπο συγκεκριμένο και ειδικό, βλάβη από συγκεκριμένο όρο της Διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό, ενώ περαιτέρω, εάν εν συνεχεία λάβει μέρος στον διαγωνισμό, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, η συμμετοχή του στο διαγωνισμό να συνοδεύεται από την διατύπωση επιφυλάξεως ως προς τη νομιμότητα του όρου ή των όρων της διακήρυξης από τους οποίους βλάπτεται. (ΣΤΕ (Ασφ) 9/2015, ΔΕφΑθ (Αναστ.) 44/2015, ΔΕφΑθ (Ασφ) 561 /2013, ΣΤΕ (Ασφ) 314/2013, ΣΤΕ (Ασφ) 472/2012, ΣΤΕ (Ασφ) 718/2012, ΣΤΕ (Ασφ) 714/2012, ΣΤΕ 890/2009, ΣΤΕ 1415/2008 Ολομ., 881/2008, Ε.Α. 131/2003 κ.ά.).

13. Επειδή, στην κρινόμενη προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρεία, η οποία δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους της, λόγω του ότι η διατύπωση των προβαλλόμενων λόγων της προσβαλλόμενης με την προσφυγή διακήρυξης, αποκλείει κατά δήλωσή της, αθέμιτα τη συμμετοχή της από τον εν λόγω διαγωνισμό εις βάρος των συμφερόντων της και με ζημία της και συνεπακόλουθα θεμελιώνει κατ' αρχήν βάσιμα, το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη άμεσου, προσωπικού και ενεστώτος εννόμου

Αριθμός Απόφασης: 880/2020

συμφέροντος για την προσβολή της υπ' αριθμ. 18/2020 (με αριθμό πρωτοκόλλου ...) Διακήρυξης.

Νομίμως και παραδεκτως φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

14. Επειδή, εφαρμοστέος στον επίμαχο διαγωνισμό είναι ο Ν. 4412/2016 και ιδίως το άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), και το άρθρο 54 «Τεχνικές προδιαγραφές» (άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του Ν. 4412/2016.

15. Επειδή, περαιτέρω, στην «ΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΕΙΔΩΝ» της Διακήρυξης (σελ. 3 επ.) ορίζονται οι τεχνικές προδιαγραφές ως προς τα ζητούμενα με α/α 5, 6 και 7 υλικά και συγκεκριμένα «Πλέγμα για ενδοπεριτοναϊκή χρήση 100x150mm», «Πλέγμα για ενδοπεριτοναϊκή χρήση 150x200mm» και «Πλέγμα για ενδοπεριτοναϊκή χρήση 200x250mm».

16. Επειδή, περαιτέρω, 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 σε 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 (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.). 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 (πρβλ. ΣτΕ 189/2015, ΕΑ ΣτΕ124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.). Ενώ νόμιμα περιορίζεται ο κύκλος των διαγωνιζόμενων επιχειρήσεων, έστω και αν τα επιλεγέντα υλικά προσφέρονται την δεδομένη χρονική στιγμή, από μια μόνο εταιρία, εφόσον κατά την τεχνική κρίση της διοίκησης μόνο οι συγκεκριμένες προδιαγραφές εξυπηρετούν αποτελεσματικά τις ανάγκες των νοσοκομείων (ΣτΕ 1105/2010, ΣτΕ 365/2007). Κατά συνέπεια, η θέσπιση τέτοιων όρων τεχνικής ικανότητας, ενόψει των περιορισμών που συνεπάγονται, πρέπει να δικαιολογείται από τη φύση, την ποσότητα, το μέγεθος, τη σπουδαιότητα, την πολυπλοκότητα και τις εξειδικευμένες απαιτήσεις τής προς ανάθεση σύμβασης, ώστε να μην παραβιάζει τη γενική αρχή της αναλογικότητας που ορίζει κατά το κοινοτικό δίκαιο, ότι οι όροι αυτού δεν πρέπει να βαίνουν πέραν του μέτρου που είναι αναγκαίο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου στόχου (βλ. ΕλΣυν 2590/2016, ΔΕΕ C-213/07, Μηχανική Α.Ε. σκ. 44-48 και την εκεί παρατιθέμενη νομολογία, C-234/03 CONTSE και τη 2^η αιτιολογική σκέψη της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ). Ως εκ τούτου, τα κριτήρια και τα μέσα απόδειξης της ελάχιστης απαιτούμενης τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων που επιλέγονται από τις αναθέτουσες αρχές πρέπει, σε κάθε περίπτωση, να σχετίζονται με την ορθή και αποτελεσματική εκτέλεση της σύμβασης και να μην άγουν σε υπέρμετρο περιορισμό του δικαιώματος πρόσβασης στον διαγωνισμό, ώστε να διασφαλίζεται η ανάπτυξη ανταγωνισμού και η επιλογή της βέλτιστης προσφοράς (ΕλΣυν Τμ. Μείζονος – Επταμελούς Σύνθεσης 3372/2011, 3065/2014, VI Τμ. 2484/2012, 558/2014, 3392/2015, 1759, 3329/2015).

17. Επειδή, ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 54 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, το οποίο ενσωμάτωσε στην εθνική έννομη τάξη το άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, θα πρέπει οι τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης 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

Αριθμός Απόφασης: 880/2020

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 δεν συνδέεται με το αντικείμενο της σύμβασης (πρβλ. σημ. 46 Προοιμίου Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, βλ. και ΔΕΕ, απόφαση της 17^{ης} Σεπτεμβρίου 2002, C-513/99 Concordia, Συλλογή 2002, σ. I-7213, σκέψεις 59 και 65, απόφαση της 4ης Δεκεμβρίου 2003, C-448/01 Wienstrom, Συλλογή 2003, σ. I4527, σκέψη 34) ή παραβιάζει αρχές του ενωσιακού δικαίου, όπως της ίσης μεταχείρισης (ΔΕΕ, απόφαση της 12^{ης} Μαρτίου 2015, C-538/13 eVigilo, Ηλεκτρ. Συλλογή ECLI:EU:C:2015:166, σκέψη 33, απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, C-496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, Συλλογή 2004, σ. I-3801, σκέψη 110, απόφαση 6^{ης} Νοεμβρίου 2014, C-42/13 Cartieradell' Adda, Ηλεκτρ. Συλλογή EU:C:2014:2345, σκέψη 44, απόφαση της 10ης Μαΐου 2012, C-368/10 Επιτροπή κατά Βασιλείου Κάτω Χωρών, Ηλεκτρ. Συλλογή ECLI:EU:C:2012:284, σκέψη 87 και Προτάσεις Γεν. Εισαγγελέως Kokkot στην ίδια υπόθεση, σημ. 104, 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 Lomini SpA, σκέψη 37, Απόφαση της 19.06.2003, Υπόθεση C-315/01, GAT, σκέψη 73, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική, σκέψη 45· ΔΕΕ, Απόφαση της 24.05.2016, Υπόθεση C-396/14, MT Højgaard A/S, Züblin A/S, σκέψη 37 κλπ).

18. Επειδή επιπλέον, όπως συνάγεται από τη ρητή διατύπωση των άρθρων 18, 24, 42 και 56 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, (ενδεικτικά) τις σκέψεις 37, 45 και 90 της ίδιας Οδηγίας, αλλά και τα αντίστοιχα άρθρα 18, 24, 54 και 71 του Ν. 4412/2016, οι αναθέτουσες αρχές κατά τη διεξαγωγή των διαγωνιστικών διαδικασιών ενώπιόν τους, οφείλουν να αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα, χωρίς αδικαιολόγητες διακρίσεις και να ενεργούν κατά την άσκηση των καθηκόντων τους με τρόπο διαφανή και αναλογικό. Εξάλλου, όπως

γίνεται παγίως δεκτό (βλ. ΕΛΣυν Τμήμα Μείζονος-Επταμελούς Σύνθεσης 3065/2014) οι αναθέτουσες αρχές είναι κατ' αρχήν ελεύθερες να διαμορφώνουν τους όρους της διακήρυξης κατά την κρίση τους, καθορίζοντας με γνώμονα τις εκάστοτε ανάγκες τους ως κριτήρια καταλληλότητας ή ανάθεσης ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά από ποσοτική και ποιοτική άποψη. Για τον λόγο αυτό, η θέσπιση με τη διακήρυξη προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή απαραίτητες για την εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν δύναται να θεωρηθεί ότι παραβιάζει άνευ ετέρου τις προαναφερόμενες διατάξεις και θεμελιώδεις αρχές του ενωσιακού δικαίου, που έχουν ενσωματωθεί και στην εθνική έννομη τάξη και ιδιαιτέρως τους κανόνες του ανταγωνισμού, εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται ενδεχομένως αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή καθιστά δυσχερή τη συμμετοχή σε αυτόν δυνητικών υποψηφίων που δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι εκάστοτε τιθέμενες προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυνάμενων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων (βλ. Τμήμα Μείζονος-Επταμελούς Σύνθεσης 3372/2011).

19. Επειδή ειδικότερα, λόγοι με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό τη μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του επαγγελματικές ανάγκες και δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, με βάση δικές του εκτιμήσεις, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. ΕΑ ΣτΕ 303/2007, 307/2007), ενώ ομοίως έχει παγίως κριθεί, ότι απαραδέκτως προβάλλονται ισχυρισμοί ως προς την σκοπιμότητα της θέσπισης συγκεκριμένης προδιαγραφής (βλ. ΕΑ ΣτΕ 354/2014, 1140/2010 ΕΑ ΣτΕ 3719/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 977/2006 κ.ά.).

20. Επειδή κατά την έννοια των προαναφερθεισών διατάξεων του νόμου, θα πρέπει οι τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης 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 με τη θέσπιση απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, μέσω της ενσωμάτωσης σε αυτές χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου, ούτε να συνεπάγονται αδικαιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη ανταγωνισμού (βλ. απόφαση ΕλΣυν, Τμήμα VI 2402/2010), καθώς επίσης, και συμφώνως με την αρχή της διαφάνειας, να μην περιλαμβάνουν ορολογία, η οποία θα μπορούσε να οδηγήσει σε απροσδιοριστία, ούτε στοιχεία που μειώνουν τον ανταγωνισμό ή δημιουργούν διακρίσεις (ΑΕΠΠ 206/2017).

21. Επειδή, αναφορικά με τον μοναδικό λόγο προσφυγής, όπως αναλύεται στις σελ. 6-7, υπό «(10) ΛΟΓΟΙ ΕΠΙ ΤΩΝ ΟΠΟΙΩΝ ΒΑΣΙΖΕΤΑΙ Η ΠΡΟΣΦΥΓΗ», «B) Επί της Διακήρυξης», η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι τα κριτήρια τα οποία χρησιμοποιούνται εν προκειμένω, για τη διατύπωση των επίμαχων τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης, οδηγούν σε μη ισότιμη μεταχείριση των διοικουμένων και καταστράτηγηση των διατάξεων του Ν. 4412/2016 όπως και των γενικών αρχών διοικητικού δικαίου που διέπουν τους δημόσιους διαγωνισμούς. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα διατείνεται ότι: «[...]. **Η Διακήρυξη προβλέπει ότι ζητούνται τρία υλικά, με α/α 5,6 και 7 τα οποία αποτελούν πλέγματα ομφαλοκήλης και για ενδοπεριτοναϊκή χρήση. Τα πλέγματα αυτά, κατά τη Διακήρυξη, θα πρέπει να έχουν ορισμένες διαστάσεις και χαρακτηριστικά, τα οποία προσιδιάζουν στα μοναδικά χαρακτηριστικά που φέρουν τα προϊόντα της εταιρείας με την επωνυμία Artexon A.E. και διακριτικό τίτλο Cellman Med A.E. του οίκου κατασκευής HERNIAMESH Ιταλίας.**

Ειδικότερα απαιτείται τα πλέγματα που θα προσφερθούν για τους κωδικούς α/α 5,6 και 7 να είναι αποτελούμενα από πολυπροπυλένιο και διεσταλμένο πολυτετραφθοροαιθυλένιο και να περιλαμβάνουν σήμανση με μαύρο μελάνι στη λεία όψη.

Η ανωτέρω περιγραφή καθώς και οι ζητούμενες διαστάσεις προσδιορίζουν το ενδοπεριτοναϊκό πλέγμα δύο όψεων πολυπροπυλενίου του οίκου κατασκευής

Αριθμός Απόφασης: 880/2020

HERNIAMESH Ιταλίας τα οποία όπως αναφέρθηκε παραπάνω διατίθενται στην αγορά από την εταιρεία Armexon A.E., χωρίς να αναφέρονται πουθενά συγκεκριμένες ενδείξεις, χρήση ή κάποια προτεινόμενη τεχνική για την οποία προορίζεται το προϊόν, ώστε να τεκμηριώνεται επιστημονικά ότι το συγκεκριμένα χαρακτηριστικό του προϊόντος όπως περιγράφεται επηρεάζει την δυνατότητα ή την αποτελεσματικότητα της χρήσης του.

Στην αγορά διατίθενται πληθώρα διαφορετικών πλεγμάτων ομφαλοκήλης και ενδοπεριτοναϊκής χρήσης που θα μπορούσαν να χρησιμοποιηθούν με ισοδύναμα και πιθανώς καλύτερα αποτελέσματα αντί του συγκεκριμένου είδους που ζητείται στην Διακήρυξη.

Ενδεικτικά αναφέρουμε ότι η εταιρεία μας διαθέτει πλέγματα που θα μπορούσαμε να προσφέρουμε μόνο εφόσον η Διακήρυξη προέβλεπε μία ευρύτερη περιγραφή που θα έδινε σε όλες τις εταιρείες που διαθέτουν παρόμοια προϊόντα την ευκαιρία να προσφέρουν όπως τα υλικά της εταιρείας μας: «Ventralight ST , Ventrío ST» που θα μπορούσαν να χρησιμοποιηθούν με ισοδύναμα και πιθανώς καλύτερα αποτελέσματα αντί του συγκεκριμένου είδους. [...]». Επί του ανωτέρω μόνου λόγου προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή, δυνάμει των με αριθμό πρωτοκόλλου 9459/18.06.2020 Απόψεών της, οι οποίες κοινοποιήθηκαν ηλεκτρονικού μηνύματος (email) στις 18.06.2020 στην Α.Ε.Π.Π., επικαλούμενη έλλειψη εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας για την άσκηση της υπό κρίση προσφυγής για τους ακόλουθους λόγους: «[...]. Με την με αρ. 38/13-11-2015 Απόφαση του Δ.Σ. του «...», εγκρίθηκαν οι τεχνικές προδιαγραφές όπως αυτές αναλυτικά περιγράφονται στο από 21-07-2015 έγγραφο σύνταξης των τεχνικών προδιαγραφών της επιτροπής. Οι προδιαγραφές αυτές νομίμως αναρτήθηκαν προς διαβούλευση στην ιστοσελίδα του Νοσοκομείου μας για επτά (7) ημέρες χωρίς καμία παρατήρηση, γεγονός που αποδεικνύεται και από το σώμα της προσκομιζόμενης απόφασης του Δ.Σ. (Θέμα 14^ο παρ. Γ').

Οι τεχνικές αυτές προδιαγραφές αφορούσαν τα υπό κρίση τρία υλικά με α/α 5, 6 και 7 τα οποία αποτελούν πλέγματα ομφαλοκήλης και για ενδοπεριτοναϊκή χρήση.

Αξίζει να σημειωθεί ότι οι τεχνικές προδιαγραφές των υπό κρίση τριών υλικών με α/α 5, 6 και 7 έχουν εγκριθεί από το έτος 2015, δίχως μάλιστα η προσφεύγουσα εταιρεία να υποβάλλει καμία παρατήρηση. Μάλιστα το Γενικό Νοσοκομείο ... συνεργάζεται νομίμως με την προσφεύγουσα εταιρεία { ΕΛΛΑΣ Α.Ε.} εδώ και πολλά έτη. Αντιθέτως όπως αποδεικνύεται από προσκομιζόμενο έγγραφο ΟΥΔΕΠΟΤΕ το Γενικό Νοσοκομείου ... έχει συνεργαστεί με την εταιρεία Armexon Α.Ε. υπό τον δ.τ. Cellman med Α.Ε.

Καθίσταται σαφές ότι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας εταιρείας ότι τάχα η περιγραφή των τεχνικών προδιαγραφών και οι ζητούμενες διαστάσεις των πλεγμάτων που θα προσφερθούν για τους κωδικούς με α/α 5, 6 και 7 προσδιορίζουν το ενδοπεριτοναϊκό πλέγμα δύο όψεων πολυπροπυλενίου του οίκου κατασκευής HARNIAMESH Ιταλίας, τα οποία διατίθενται στην αγορά μόνο από την εταιρεία Armexon Α.Ε. είναι παντελώς αβάσιμοι και παρελκυστικοί της διαδικασίας.

Οι υπό κρίση τεχνικές προδιαγραφές έχουν εγκριθεί δίχως καμία απολύτως παρατήρηση από την προσφεύγουσα εταιρεία με την επωνυμία ΕΛΛΑΣ Α.Ε. ήδη από το έτος 2015.

Μάλιστα η ίδια εταιρεία έχει μειοδοτήσει στο παρελθόν σε έτερο διαγωνισμό με τις ίδιες ακριβώς τεχνικές προδιαγραφές.», ενώ παράλληλα, υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή ότι η προσφεύγουσα στερείται εννόμου συμφέροντος για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής της, λόγω υποβολής εν τέλει προσφοράς της για τα επίμαχα είδη, Συγκεκριμένα προσκομίζει μετ' επικλήσεως τα υπ' αριθμ. 1-8 σχετικά έγγραφα, υποστηρίζοντας επ' αυτών ότι: «*Η προσφεύγουσα εταιρεία αν και στην υπό κρίση προσφυγή ισχυρίζεται ότι τάχα από τις «παράνομες πράξεις» της αναθέτουσας αρχής θίγεται και ζημιούται ευθέως, παρόλα αυτά υπέβαλε διά του νομίμου εκπροσώπου της κ. Τριποδιανού Εμμανουήλ σφραγισμένο φάκελο οικονομικής προσφοράς όπως αποδεικνύεται από το προσκομιζόμενο έγγραφο (εκτύπωση ΕΣΗΔΗΣ).*

Η προσφεύγουσα επομένως δεν έχει έννομο συμφέρον προς άσκηση της υπό κρίση προσφυγής γιατί με την υποβολή της οικονομικής της προσφοράς στην ουσία αποδέχεται την κατά τα λεγόμενά της «βλαπτική συμπεριφορά» της

αναθέτουσας αρχής. Επομένως η υπό κρίση προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη. [...].».

22. Επειδή, ενόψει των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών, πρέπει να γίνουν δεκτές οι ακόλουθες παραδοχές. Όπως προέκυψε μετά από ενδελεχή μελέτη του φακέλου της υπόθεσης, αλλά και όπως βάσιμα υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή και εξάλλου συνάγεται εναργώς και από το προσαγόμενα μετ' επικλήσεως ενώπιον του οικείου Κλιμακίου, σχετικά έγγραφα (βλ. ειδικά τα υπ' αριθμ. 2, 3, 4, 5, 6 και 8), η προσφεύγουσα εταιρεία, πράγματι είχε και κατά το παρελθόν λάβει μέρος και μάλιστα είχε ανακηρυχθεί ανάδοχος, προηγούμενων διαγωνιστικών διαδικασιών με ταυτόσημες τεχνικές προδιαγραφές, όπως οι επίμαχες του εν λόγω διαγωνισμού, όπως αυτές αποτυπώνονται για τα είδη με α/α 5, 6 και 7 αυτού. Επιπλέον, όπως επίσης βάσιμα υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή, αλλά και προκύπτει από την ηλεκτρονική πλατφόρμα του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., η προσφεύγουσα εν τέλει, συμμετείχε στον υπό κρίση διαγωνισμό, υποβάλλοντας εμπρόθεσμα στις 11.06.2020 και ώρα 08:33:27 π.μ. την υπ' αριθμ. 176232 προσφορά της, γεγονός που έρχεται σε πλήρη αντίθεση με τους ισχυρισμούς που περιλαμβάνει στην προσφυγή της, ότι ο τρόπος διατύπωσης των επίμαχων τεχνικών προδιαγραφών, την εμπόδιζε να υποβάλλει προσφορά για τα συγκεκριμένα είδη με α/α 5, 6 και 7 του διαγωνισμού. Συναφώς, καίτοι η ίδια επικαλείται ότι είχε ήδη προβάλλει σχετικές επιφυλάξεις για τη διατύπωση των ανωτέρω τεχνικών προδιαγραφών κατά το στάδιο της διαβούλευσης των όρων της διακήρυξης του συγκεκριμένου διαγωνισμού, εντούτοις, ο ισχυρισμός αυτός, δεν προέκυψε από κανένα στοιχείο, ενώ η προσφεύγουσα, ουδόλως αντέκρουσε τους περί του αντιθέτου ισχυρισμούς της αναθέτουσας αρχής, ότι ουδέποτε διατυπώθηκαν εκ μέρους της οποιοσδήποτε παρατηρήσεις επί των τεχνικών προδιαγραφών και συνεπώς, ο εξεταζόμενος ισχυρισμός, προβάλλεται όλως αορίστως. Ομοίως, ουδόλως συνήχθη από το σύνολο των τεθέντων υπόψη του Κλιμακίου στοιχείων και άρα δεν μπορεί να υποστηριχθεί βάσιμα ότι, αν και η προσφεύγουσα είχε ήδη λάβει μέρος και είχε ανακηρυχθεί ανάδοχος σε σχετικές προγενέστερες συμβάσεις για τα εν λόγω είδη με τις

αυτές προδιαγραφές, εντούτοις, σε χρόνο ενεστώτα, εμποδίζεται να λάβει μέρος στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία, επικαλούμενη περιορισμό του ανταγωνισμού, κάνοντας όλως αβάσιμες και αναπόδεικτες αναφορές σε διαστάσεις και χαρακτηριστικά που προσιδιάζουν στα μοναδικά χαρακτηριστικά σε προϊόντα συγκεκριμένης εταιρείας και δη της εταιρείας «Cellman Med A.E.» του οίκου κατασκευής HERNIAMESH Ιταλίας. Υπό την έννοια αυτή, δεν μπορεί να διαπιστωθεί πέραν πάσης αμφιβολίας η βασιμότητα των ισχυρισμών της προσφεύγουσας, ενώ βάσει του συνόλου των εξετασθέντων στοιχείων και των όσων ήδη εκτέθηκαν αναλυτικά ανωτέρω στη σκέψη 19 της παρούσας, ο μοναδικός λόγος προσφυγής απορρίπτεται ως απαράδεκτος δοθέντος ότι η προσφεύγουσα επιχειρεί να προσδιορίσει, κατά τις δικές της δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, με βάση δικές της εκτιμήσεις, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 307/2007). Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο μόνος λόγος προσφυγής, κρίνεται απορριπτέος ως απραδέκτως προβαλλόμενος, ενώ αντίστοιχα πρέπει να γίνουν δεκτοί οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής.

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

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

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 13 Ιουλίου 2020 και εκδόθηκε στις 31 Ιουλίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
Μιχάλης Π. Σειραδάκης

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
Ελένη Χούλη