

**Η**

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

**1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της την 30<sup>η</sup> Απριλίου 2018 με την εξής σύνθεση:  
Ειρήνη Αφοκάρδου Πρόεδρος, Χρυσάνθη Ζαράρη-Εισηγήτρια και Ευαγγελία Μιχολίτση, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με το αίτημα αναστολής της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας που ενσωματώνεται στην από 18.04.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) – Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/362/19.04.2018 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» με έδρα το....., επί της οδού....., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του Γενικού Νοσοκομείου Σύρου «Βαρδάκειο και Πρώιο», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της 12<sup>ης</sup> προδιαγραφής του Τμήματος 3 «φορητό ακτινοσκοπικό C-ARM» της με αρ. 1 ΕΣΠΑ/2017 Διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής με αντικείμενο την προμήθεια ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά βάσει τιμής, με σκοπό να τροποποιηθεί και αναδιατυπωθεί, ώστε να μην αποκλείεται αδικαιολόγητα η συμμετοχή του και να διαταχθεί και κάθε άλλο, πρόσφορο και κατάλληλο μέτρο.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη  
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα  
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1.Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί

## **Αριθμός απόφασης: Α201/2018**

e-παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ύψους 600 ευρώ [βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 201840576958 0618 0071, εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (ΓΓΠΣ) του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη ότι το ως άνω παράβολο είναι «δεσμευμένο» και εκτύπωση ηλεκτρονικής συναλλαγής για την πληρωμή του εν λόγω παραβόλου που διενεργήθηκε μέσω της ALPHA BANK).

2.Επειδή το Γενικό Νοσοκομείο Σύρου (εφεξής αναθέτουσα αρχή) προκήρυξε με το με αρ. πρωτ. 3657/02.04.2018 έγγραφο του (αρ. Διακήρυξης 1 ΕΣΠΑ/2017) ηλεκτρονικό διεθνή ανοικτό διαγωνισμό για την προμήθεια ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού για το Γ. Ν. Σύρου με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, εκτιμώμενης αξίας 262.903,22 πλέον ΦΠΑ. Ειδικότερα, η εν λόγω προμήθεια αποτελείται από 5 διακριτά τμήματα όπου δίνεται η δυνατότητα υποβολής προσφοράς για ένα ή περισσότερα ή όλα τα τμήματα αυτής, ο δε προσφεύγων επιθυμεί – κατά δήλωσή του - να υποβάλει προσφορά για το Τμήμα 3 ΦΟΡΗΤΟ ΑΚΤΙΝΟΣΚΟΠΙΚΟ C-ARM 33111400-5 (Συσκευές ακτινοσκόπησης) εκτιμώμενης αξίας 75.000,00 άνευ ΦΠΑ.

3.Επειδή η διακήρυξη απεστάλη προς δημοσίευση στο Συμπλήρωμα Προγραμματισμού της Επίσημης Υπηρεσίας Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 02.04.2018, ( 2018/S 065-144251) καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με Α.Δ.Α.Μ. 18PROC002899900 2018-04-02, καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, όπου έλαβε συστημικούς αριθμούς ανάρτησης 56320, 56321, 56322, 56323, 56324 για έκαστο τμήμα αντίστοιχα (56322 για το επίμαχο τμήμα).

4.Επειδή, ο διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθ. 345 του ν. 4412/2016.

5.Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε την 18.04.2018 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 02.04.2018, β) ασκήθηκε με τη χρήση του

## Αριθμός απόφασης: Α201/2018

τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και είναι νομίμως υπογεγραμμένη γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 περ. γ του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 περ. γ εδ. β' του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή ο προσφεύγων έχει, κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής δοθέντος ότι δραστηριοποιείται στον τομέα που αποτελεί το αντικείμενο της επίμαχης προμήθειας, και επιθυμεί, ως ρητώς και υπευθύνως δηλώνει, να συμμετάσχει στην οικεία διαγωνιστική διαδικασία πλην όμως λόγω των τεχνικών προδιαγραφών αυτής αποκλείεται αυτόματα και συλλήβδην η συμμετοχή του για το Τμήμα 3 της διακήρυξης «ΦΟΡΗΤΟ ΑΚΤΙΝΟΣΚΟΠΙΚΟ C-ARM».

7.Επειδή την 23.04.2018 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο -με ανάρτηση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού-σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

8.Επειδή, την 27.04.2018 η αναθέτουσα αρχή με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις με αριθ. πρωτ. 4587 απόψεις της επί της προδικαστικής προσφυγής χωρίς ωστόσο να προβεί σε αναφορά σχετικά με βλάβη που θα της προκληθεί σε περίπτωση χορήγησης προσωρινών μέτρων κατόπιν του αιτήματος του προσφεύγοντος, παρότι κλήθηκε ειδικώς προς τούτο από την ΑΕΠΠ.

9.Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 1<sup>ου</sup> Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346, παρ. 1, 360, και 366 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 παρ. 1, και 15 του ΠΔ 39/2017.

10. Επειδή ο προσφεύγων επικαλείται ότι «η Διακήρυξη συμπεριλαμβάνει τεχνική(υπο)προδιαγραφή - πλέον του CE mark -, η οποία αποκλείει αυτόματα και συλλήβδην τη συμμετοχή της εταιρίας μας, η οποία προτίθεται να προσφέρει στο Τμήμα 3<sup>ο</sup> του διαγωνισμού (με α/α συστ. 56322) το πλέον εξελιγμένης τεχνολογίας φορητό ακτινοσκοπικό C-ARM σύστημα....., το οποίο διαθέτει σήμανση CE mark [ Κωδικός Είδους σύμφωνα με τη σήμανση CE : 10893686]. Πρόκειται, μάλιστα, περί

## Αριθμός απόφασης: Α201/2018

προδιαγραφής απρόσφορης και υπερβολικής, η οποία θα παρίστατο νόμιμη μόνον εφ' όσον ετίθετο ως βαθμολογούμενο στοιχείο -και όχι ως λόγος αποκλεισμού- υπό το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας προσφοράς με βάση τη σχέση ποιότητας - τιμής και όχι, βεβαίως, με βάση αποκλειστικά την τιμή. Ειδικότερα: Μεταξύ των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης για το ζητούμενο σύστημα C-ARM συμπεριλαμβάνεται και η 12η προδιαγραφή, η οποία απαιτεί: «Να διαθέτει χειροδιακόπτη και ποδοδιακόπτη καθώς και ασύρματο χειριστήριο για έλεγχο της εικόνας (ανθεκτικό σε νερό και πτώση) και θήκη για τοποθέτηση κασέτας (cassette holder)». Η ειδική επιπρόσθετη απαίτηση για ασύρματο χειριστήριο, που εκφεύγει του CE mark αποκλείει αδικαιολόγητα την εταιρία μας, καθώς το σύστημα που αυτή προτίθεται να προσφέρει υπερκαλύπτει το σύνολο των τεθεισών προδιαγραφών (και της 12ης), πλην όμως διαθέτει δύο ενσωματωμένα ενσύρματα χειριστήρια - και όχι ένα ασύρματο -, για τα οποία, ακριβώς λόγω αυτών των τεχνικών τους χαρακτηριστικών («ενσωματωμένα ενσύρματα»), δεν τίθεται καν ζήτημα πτώσης. [Επισυνάπτεται σχετικό απόσπασμα από το τεχνικό φυλλάδιο- οδηγίες χρήσης του συστήματος .....

Εν όψει των ανωτέρω, η εν λόγω (υπο)προδιαγραφή για ασύρματο χειριστήριο (ανθεκτικό σε νερό και πτώση), που αδικαιολόγητα θέτει εκποδών το Μηχάνημα της εταιρίας μας, είναι μη νόμιμη ως ασύμβατη με το κριτήριο της χαμηλότερης τιμής, αλλά και παντελώς απρόσφορη και ως εκ τούτου πρέπει να τροποποιηθεί και να αναδιατυπωθεί αναλόγως, ώστε να επιτραπεί εν τέλει η συμμετοχή της εταιρίας μας.

Επικαλείται, ομοίως προς επίρρωση των ισχυρισμών του -δοθέντος ότι το κριτήριο ανάθεσης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής- ότι «Το ζήτημα της ασυμβατότητας μεταξύ του κριτηρίου ανάθεσης της χαμηλότερης τιμής και της θέσπισης επιπρόσθετων τεχνικών προδιαγραφών, πέραν της σήμανσης CE, σε διακήρυξη δημόσιας σύμβασης έχει αντιμετωπισθεί και επιλυθεί με πάγια νομολογία του ΣτΕ, των Διοικητικών Εφετειών και ήδη της Α.Ε.Π.Π [ βλ., όλως ενδεικτικά, ΣτΕ 1863/2014, 1654/2011, 7μελής, 2183/2004, 7μελής, Ε.Α.ΣτΕ 396/2011, 730/2009, 724/2009, 291/2009, 737/2008, 436/2008, 379/2008, 144/2008, 113/2008, ΔΕφΑΘ. 210/2017, 47/2017, Α.Ε.Π.Π 61/2017, 77/2017 κ.ά. ], που, διαχρονικά και με ταυτόσημη σχεδόν διατύπωση, δέχονται ότι: «... η

## Αριθμός απόφασης: Α201/2018

πρόβλεψη επιπροσθέτων προδιαγραφών με τα προσφερόμενα ιατροτεχνολογικά προϊόντα κατά το στάδιο της διακηρύξεως δεν είναι κατ' αρχήν συμβατή προς τις προαναφερόμενες διατάξεις της Οδηγίας 93/42/ΕΕ, ειδικότερης κατά τούτο της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, διότι τούτο ισοδυναμεί με παρεμβολή εμποδίων που μπορούν να φθάσουν μέχρι τον αποκλεισμό της διαθέσεως στο εμπόριο και της ενάρξεως χρήσεως προϊόντων που φέρουν τη σήμανση CE, αφού, στην περίπτωση αυτή, τα εν λόγω προϊόντα δεν θα πληρούν τους όρους της διακηρύξεως και θα είναι, ως εκ τούτου, εκ προοιμίου αδύνατη η επιλογή τους ...».

Περαιτέρω, αποκλειστικά και μόνον για λόγους ασφάλειας και δημόσιας Υγείας, έχει κριθεί ότι είναι - κατ' εξαίρεση - δυνατή η θέσπιση επιπρόσθετων προδιαγραφών υπό το σύστημα της χαμηλότερης τιμής, εφ' όσον, όμως, έχει προηγουμένως ενημερωθεί ο Ε.Ο.Φ. και έχει κινηθεί η προβλεπόμενη σχετικώς - και, βεβαίως, ουδόλως τηρηθείσα εν προκειμένω - «διαδικασία διασφάλισης». Συγκεκριμένα, η πάγια αυτή νομολογία (βλ. ανωτέρω) δέχεται ότι: «... στην περίπτωση που νοσηλευτικό ίδρυμα, προς αποφυγή κινδύνων ασφαλείας και υγείας, επιθυμεί να θέσει με τη διακήρυξη επιπρόσθετες τεχνικές προδιαγραφές, οφείλει να ενημερώσει σχετικώς τον αρμόδιο εθνικό οργανισμό (τον Ε.Ο.Φ. ως αρμόδια αρχή, σύμφωνα με το άρθρο 19 παρ. 3 του ν. 2889/2001 (Α 37), επί θεμάτων ιατροτεχνολογικών προϊόντων, κατά την έννοια των σχετικών οδηγιών της Ευρωπαϊκής Ένωσης), προκειμένου να κινηθεί η διαδικασία διασφάλισης .. ».

Τέλος, ο προσφεύγων αναφέρει ότι «είτε η Διακήρυξη θα έπρεπε, σύμφωνα με τα ανωτέρω, να τροποποιήσει την επίμαχη (υπο προδιαγραφή, περιοριζόμενη μόνο στην ύπαρξη απαιτήσεων συμβατών με τη σήμανση CE mark, υπό το κριτήριο της χαμηλότερης τιμής που περιέλαβε ως κριτήριο ανάθεσης, είτε να καταστρωθεί με βάση το σύστημα της συμφερότερης προσφοράς με βάση τη βέλτιστη σχέση ποιότητας - τιμής, ώστε η επιπρόσθετη προδιαγραφή για ασύρματο χειριστήριο να αποτελέσει βαθμολογούμενο στοιχείο. Υπό το νυν περιεχόμενό της, πάντως, είναι μη νόμιμη και ακυρωτέα, η δε εταιρία μας, διαθέτουσα σύγχρονης τεχνολογίας προϊόν, που φέρει CE mark, αποκλείεται μη νομίμως από τον διαγωνισμό [ ενδεικτικά, ΑΕΠΠ 61/2017, 77/2017, 85/2017, 141/2017, 63/2018 ]».

11. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τις, υπό σκ. 8 της παρούσας,

## **Αριθμός απόφασης: Α201/2018**

απόψεις της, αποδεχόμενη το με αρ. πρωτ.4392/24.04.2018 πρακτικό της επιτροπής σύνταξης προδιαγραφών της οικείας διακήρυξης ισχυρίζεται αυτολεξεί ότι «Για λειτουργικούς λόγους (περιορισμένος χώρος, μεγάλος αριθμός εργαζομένων σε περιορισμένο χώρο την ίδια χρονική στιγμή, αποφυγή βλαβών (λόγω κίνησης των μηχανημάτων), φρονούμε ότι ο όρος που αφορά το ασύρματο χειριστήριο πρέπει να παραμείνει. Το υπάρχον σύστημα C-ARM μάρκας .....του οίκου .....το οποίο λειτουργεί επί εικοσαετίας στο Νοσοκομείο μας, διαθέτει ασύρματο χειριστήριο. Δεν νοείται εν έτη 2018 να μην είναι διαθέσιμη τεχνολογία εικοσαετίας. Σύμφωνα με την μέχρι τώρα εμπειρία μας, έχουμε μεγάλη συχνότητα βλαβών σε μηχανήματα τα οποία φέρουν καλώδια κατά την διάρκεια των επεμβάσεων στον περιορισμένος χώρο που διαθέτει το χειρουργείο μας (όπως π.χ. ενσύρματη πεταλιέρα του C-ARM). Η αποκατάσταση κάθε βλάβης στο νοσοκομείο μας λόγω νησιωτικότητας απαιτεί μεγαλύτερους χρόνους αποκατάστασης. Ως εκ τούτου γίνεται σαφές ότι η παραπάνω προδιαγραφή δεν στοχεύει στο να αμφισβητήσει το CE mark των μηχανημάτων μέσω της ενεργοποίησης της «ρήτρας διασφάλισης» του Άρθρου 8 της απόφασης ΔΥ8Δ/ΓΠ/ΟΙΚ. 130648/09 για απόσυρση του προϊόντος από την αγορά, αλλά να καλύψει τις ιδιαίτερες ανάγκες του Νοσοκομείου μας».

12. 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».

13.Επειδή στο σημ. 74 του Προοιμίου της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ ορίζεται 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

## Αριθμός απόφασης: Α201/2018

τεχνικών προδιαγραφών στην αγορά...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. Η κατάρτιση των τεχνικών προδιαγραφών ως προς τις λειτουργικές απαιτήσεις και τις απαιτήσεις εκτέλεσης επιτρέπει εν γένει την επίτευξη του ανωτέρω στόχου με τον καλύτερο δυνατό τρόπο....».

14. Επειδή η παρ. 1 του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016 ορίζει 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. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) 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. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων ...».

15. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 54 του Ν.4412/2016 «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές [...] παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. Τα χαρακτηριστικά αυτά μπορεί επίσης να αναφέρονται στη συγκεκριμένη διαδικασία ή μέθοδο παραγωγής ή παροχής των ζητούμενων έργων, αγαθών ή υπηρεσιών ή σε ειδική διαδικασία άλλου σταδίου του κύκλου ζωής τους, ακόμη και αν οι παράγοντες αυτοί δεν αποτελούν μέρος της υλικής τους υπόστασης, υπό την προϋπόθεση ότι συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης και είναι ανάλογα με την αξία και τους σκοπούς της.[...] 2. Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη

## Αριθμός απόφασης: Α201/2018

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 προτύπων, 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» [...] 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 [...].»

16. Επειδή σύμφωνα με την με αρ. ΔΥ8δ/Γ.Π.οικ.130648/30.09.2009 ΚΥΑ με θέμα «Εναρμόνιση της εθνικής νομοθεσίας προς τις διατάξεις της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ «περί ιατροτεχνολογικών προϊόντων» (2198/Β), ορίζεται: άρθρο 1 «1. Σκοπός της απόφασης αυτής είναι η εναρμόνιση της εθνικής νομοθεσίας προς τις διατάξεις της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ «περί ιατροτεχνολογικών προϊόντων» (ΕΕ L169 της 12.7.1993), όπως τροποποιήθηκε από τις οδηγίες 98/79/ΕΚ (ΕΕ L 331 της 7.12.1998), 2000/70/ΕΚ (ΕΕ L 313 της 13.12.2000), 2001/104/ΕΚ (ΕΕ L 6 της 10.1.2002), 2007/47/ΕΚ (ΕΕ L 247 της 21.9.2007) και τον Κανονισμό (ΕΚ) υπ' αριθμ. 1882/2003 (ΕΕ L 284 της 31.10.2003). 2. Ορισμοί, πεδίο εφαρμογής 2.2. Για τους σκοπούς της παρούσας απόφασης, νοούνται ως: α) «ιατροτεχνολογικό



## Αριθμός απόφασης: Α201/2018

προϊόν»: κάθε όργανο, συσκευή, εξοπλισμός, λογισμικό, υλικό ή άλλο είδος, χρησιμοποιούμενο μόνο του ή σε συνδυασμό, συμπεριλαμβανομένου και του λογισμικού που προορίζεται από τον κατασκευαστή του να χρησιμοποιείται ειδικά για διάγνωση ή/και θεραπεία και είναι απαραίτητο για την ορθή εφαρμογή του ιατροτεχνολογικού προϊόντος, το οποίο προορίζεται από τον κατασκευαστή να χρησιμοποιείται στον άνθρωπο για σκοπούς: — διάγνωσης, πρόληψης, παρακολούθησης, θεραπείας ή ανακούφισης ασθένειας, — διάγνωσης, παρακολούθησης, θεραπείας, ανακούφισης ή επανόρθωσης τραύματος ή αναπηρίας, — διερεύνησης, αντικατάστασης ή τροποποίησης της ανατομίας ή μιας φυσιολογικής λειτουργίας, [...], άρθρο 4 «Ελεύθερη κυκλοφορία, προϊόντα ειδικού προορισμού» 1. Δεν εμποδίζεται η διάθεση στην αγορά και η έναρξη χρήσης των προϊόντων που φέρουν τη σήμανση CE που προβλέπεται στο άρθρο 17 και η οποία δηλώνει ότι τα προϊόντα έχουν αποτελέσει αντικείμενο αξιολόγησης της συμμόρφωσής τους σύμφωνα με το άρθρο 11., άρθρο 17 Σήμανση CE 1. Τα προϊόντα, εκτός των επί παραγγελία προϊόντων και αυτών που προορίζονται για κλινικές έρευνες, τα οποία θεωρείται ότι ανταποκρίνονται στις βασικές απαιτήσεις που αναφέρονται στο άρθρο 3, πρέπει, κατά τη θέση τους στην αγορά, να φέρουν τη σήμανση συμμόρφωσης CE».

17.Επειδή σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης ορίζεται ότι:

«1.3 Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης»

Αντικείμενο της σύμβασης είναι η προμήθεια, αγορά και εγκατάσταση του κάτωθι εξοπλισμού

A/A τμήματος	ΕΙΔΟΣ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ	CPV	ΤΕΜ.	ΕΝΔΕΙΚΤΙΚΟΣ ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ (€)	A/A συστήματος
1	ΤΡΑΠΕΖΑ ΓΕΝΙΚΗΣ ΧΕΙΡΟΥΡΓΙΚΗΣ	33192230-3 (Ιατρικές τράπεζες)	1	31.000,00 (25.000 άνευ ΦΠΑ)	56320
2	ΛΑΠΑΡΟΣΚΟΠΙΚΟ ΣΥΣΤΗΜΑ, ΠΛΗΡΕΣ	33168000-5 (Διατάξεις ενδοσκοπίας και ενδοχειρουργικής)	1	72.000,00 (58.064,51 άνευ ΦΠΑ)	56321
3	ΦΟΡΗΤΟ ΑΚΤΙΝΟΣΚΟΠΙΚΟ C-ARM	33111400-5 (Συσκευές ακτινοσκόπησης)	1	93.000,00 (75.000,00 άνευ ΦΠΑ)	56322
4	ΤΟΜΟΓΡΑΦΙΑ ΟΠΤΙΚΟΥ	33115000-9 (Συσκευές	1	80.000,00 (64.516,13 άνευ	56323

**Αριθμός απόφασης: Α201/2018**

	ΝΕΥΡΟΥ- OCT	τομογραφίας)		ΦΠΑ)	
5	LASER ΛΙΘΟΤΡΙΨΙΑΣ HOLMIUM-YAG	33192340-7 Εξοπλισμός αίθουσας χειρουργείου εκτός από τράπεζες	1	50.000,00 (40.322,58 άνευ ΦΠΑ)	<b>56324</b>
<b>ΣΥΝΟΛΟ:</b>	<b>326.000,00</b> <b>(262.903,22 άνευ</b> <b>ΦΠΑ)</b>				

Επομένως η παρούσα σύμβαση υποδιαιρείται στα σε τμήματα όπως φαίνεται στον παραπάνω πίνακα. Προσφορές υποβάλλονται για κάθε Α/Α είδους.

Ο μέγιστος αριθμός ΤΜΗΜΑΤΩΝ που μπορεί να ανατεθεί σε έναν προσφέροντα ορίζεται σε όλα τα τμήματα δηλαδή για το σύνολο της προμήθειας.

Η εκτιμώμενη αξία των συμβάσεων ανέρχεται στο ποσό των 326.000,00 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% (προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ: € 262.903,22 ΦΠΑ : 63.096,78€). Η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται σε τρεις (3) μήνες (εκτός αν ορίζεται διαφορετικός χρόνος παράδοσης στο παράρτημα Ι) + έτη εγγύησης (τουλάχιστον 2 έτη).

Αναλυτική περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης δίδεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι της παρούσας διακήρυξης.

Η σύμβαση θα ανατεθεί με το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, βάσει τιμής. [...], 2.3.1 Κριτήριο ανάθεσης Κριτήριο ανάθεσης της Σύμβασης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά: βάσει τιμής.[...], 2.4.3.2 Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο “Απαιτήσεις-Τεχνικές Προδιαγραφές” του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα. Και σύμφωνα με το Υπόδειγμα τεχνικής προσφοράς του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ ΙΙ.[...].

## Αριθμός απόφασης: Α201/2018

ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι – Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικείμενου της Σύμβασης

ΜΕΡΟΣ Α - ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΦΥΣΙΚΟΥ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟΥ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ

Το φυσικό αντικείμενο του έργου συνίσταται στην προμήθεια ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού της πράξης με τίτλο «Προμήθεια και Αναβάθμιση Ιατροτεχνολογικού Εξοπλισμού Γενικού Νοσοκομείου Σύρου» που περιλαμβάνει τα κάτωθι:[...]

ΤΜΗΜΑ 3 - Α/Α συστ. 56322 ΦΟΡΗΤΟ ΑΚΤΙΝΟΣΚΟΠΙΚΟ C-ARM ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ

1) Το προσφερόμενο σύστημα να είναι καινούργιο, αμεταχείριστο, κατάλληλο για επεμβατικές τεχνικές και ακτινοσκοπήσεις στην ορθοπεδική και γενική χειρουργική. [...]

12) Να διαθέτει χειροδιακόπτη και ποδοδιακόπτη καθώς και ασύρματο χειριστήριο για έλεγχο της εικόνας (ανθεκτικό σε νερό και πτώση) και θήκη για τοποθέτηση κασέτας (cassetteholder).

14) Να πληροί όλες τις ευρωπαϊκές προδιαγραφές ασφαλείας και να διαθέτει CE.».

18. Επειδή στην από 28-11-2016 και με αριθμ. πρωτ. 5657 εγκύκλιο της Επιτροπής Προμηθειών Υγείας (ΕΠΥ) με θέμα «Εγκύκλιος για την εναρμόνιση των τεχνικών προδιαγραφών με τις διατάξεις της νομοθεσίας περί ιατροτεχνολογικών προϊόντων» ορίζεται ότι: «Τα παριστάμενα μέλη της Επιτροπής Προμηθειών Υγείας [...]: «Αποφασίζουν, μετά από διαλογική συζήτηση μεταξύ τους, ομόφωνα ότι τα δημόσια νοσοκομεία και οι λοιποί φορείς της παραγράφου 1 του άρθρου 9 του ν.3580/2007, όταν προμηθεύονται ιατροτεχνολογικά προϊόντα που εντάσσονται στο ρυθμιστικό περιεχόμενο της οδηγίας 93/42/ΕΟΚ περί ιατροτεχνολογικών προϊόντων, ενεργούν, σύμφωνα με τις διατάξεις της Κ.Υ.Α. ΔΥ8δ/Γ.Π.οικ.130648/2009, με την οποία ενσωματώθηκε στο εθνικό δίκαιο η οδηγία 93/42/ΕΟΚ, τις διατάξεις της οδηγίας αυτής, τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης και του Συμβουλίου της Επικρατείας επί των δύο αυτών νομοθετημάτων, και την 3/2016 ειδική έκθεση της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., ως εξής: «Πρώτον, απαγορεύεται να θεσπίζουν τεχνικές προδιαγραφές των ιατροτεχνολογικών προϊόντων που ζητούν να προμηθευτούν, οι οποίες περιορίζουν ή αποκλείουν από την προμήθεια ιατροτεχνολογικά προϊόντα που φέρουν τη σήμανση CE. Δεύτερον,

## **Αριθμός απόφασης: Α201/2018**

κατ' εξαίρεση του ανωτέρω κανόνα, επιτρέπεται, όταν συντρέχουν λόγοι αποφυγής κινδύνων ασφαλείας ή/και υγείας και εφόσον προηγουμένως έχουν ενημερώσει τον Ε.Ο.Φ. και έχει από αυτόν κινηθεί και ολοκληρωθεί 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, να θεσπίζουν, σύμφωνα με το αποτέλεσμα της ρήτρας (διαδικασίας) διασφάλισης, επιπρόσθετες τεχνικές προδιαγραφές των ιατροτεχνολογικών προϊόντων που ζητούν να προμηθευτούν, οι οποίες περιορίζουν ή αποκλείουν από την προμήθεια ιατροτεχνολογικά προϊόντα που φέρουν τη σήμανση CE. Τρίτον, στην περίπτωση που η σύμβαση της προμήθειας ιατροτεχνολογικών προϊόντων που διενεργούν δεν πρόκειται να ανατεθεί με κριτήριο τη συμφερότερη από οικονομική άποψη προσφορά που προσδιορίζεται αποκλειστικώς από την τιμή σύμφωνα με την παράγραφο 2 του άρθρου 86 του ν.4412/2016 (πρόκειται για το ισοδύναμο κριτήριο της χαμηλότερης τιμής κατά το προϊσχύον δίκαιο), αλλά από το κόστος, δύνανται να θεσπίζουν κριτήρια, όπως τα ενδεικτικώς οριζόμενα στη διάταξη της ίδιας ως άνω παραγράφου, με τα οποία αξιολογούν τα προσφερόμενα ιατροτεχνολογικά προϊόντα, υπό τον εξυπακοούμενο όρο ότι τα κριτήρια αυτά δεν περιορίζουν ή αποκλείουν από την προμήθεια ιατροτεχνολογικά προϊόντα που φέρουν τη σήμανση CE. Με άλλα λόγια, στην περίπτωση που σύμβαση προμήθειας ιατροτεχνολογικών προϊόντων ανατίθεται με κριτήριο το κόστος, τα κριτήρια που κατά τη διακριτική τους ευχέρεια θέτουν για την εκτίμηση του κόστους (λ.χ. κριτήρια ποιότητας) δεν επιτρέπεται να περιορίζουν ή αποκλείουν από την προμήθεια ιατροτεχνολογικά προϊόντα που φέρουν τη σήμανση CE, αλλά επιτρέπεται, δυνάμει των κριτηρίων αυτών, να τα αξιολογούν».

19. Επειδή σύμφωνα με την ως άνω μνημονευόμενη με αρ. 3/2016 Ειδική Έκθεση ΕΑΑΔΗΣΥ αναγράφεται ότι (σελ.4-5) «Αναφορικά με τη διαδικασία σύνταξης τεχνικών προδιαγραφών σε διαγωνισμούς προμήθειας ιατροτεχνολογικών προϊόντων, προκύπτει σαφώς, ότι ελλείπει εγκεκριμένων πρότυπων τεχνικών προδιαγραφών, η ευθύνη εκπόνησης των τεχνικών προδιαγραφών για τους επίμαχους διαγωνισμούς ανήκει στις συγκεκριμένες κάθε φορά επιτροπές σύνταξης τεχνικών προδιαγραφών, οι οποίες επιχειρώντας να καθορίσουν τα είδη και τις προδιαγραφές για την κάλυψη των ειδικότερων αναγκών κάθε νοσοκομείου, βασίζονται εν πολλοίς στις

## Αριθμός απόφασης: Α201/2018

*απαιτήσεις των χειρουργών που πρόκειται να κάνουν χρήση στις επεμβάσεις που πραγματοποιούν. Με τον τρόπο αυτό όμως, καταλείπεται στις επιτροπές αυτές ευρεία διακριτική ευχέρεια για τη διαμόρφωση των τεχνικών προδιαγραφών, με αποτέλεσμα πολλές φορές να συμπεριλαμβάνονται σε αυτές και πρόσθετες ή ειδικές προδιαγραφές που βαίνουν πέραν των προτύπων ή της φαρμακοποιίας. Το γεγονός ότι οι συγκεκριμένες κάθε φορά τεχνικές προδιαγραφές τυγχάνουν αποδοχής ή έγκρισης από τους αρμόδιους δημόσιους φορείς (ΕΚΑΠΤΥ και ΕΠΥ) δεν διασφαλίζει τη 'νομιμότητα' των επίμαχων διακηρύξεων».*

20. Επειδή, περαιτέρω, κατά πάγια νομολογία η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη, να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές με βάση τις ανάγκες και την σκοπιμότητα χρήσης, η δε θέσπιση με την διακήρυξη των προδιαγραφών, που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιαδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν τινών διαγωνιζομένων, των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από την φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους εν γένει απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό. Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από της απόψεως της τήρησης 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, 303/2007, 977/2006).

21. Επειδή, ειδικότερα, λόγοι με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό την μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, με βάση δικές του εκτιμήσεις, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, είναι απορριπτέοι ως अपαράδεκτοι (βλ. ΕΑ ΣτΕ 307/2007).

## Αριθμός απόφασης: Α201/2018

22. Επειδή, ως έχει παγίως κριθεί απαραδέκτως προβάλλονται ισχυρισμοί ως προς την σκοπιμότητα της θέσπισης συγκεκριμένης προδιαγραφής (βλ. Ε.Α. 354/2014, 1140/2010 Ε.Α. 3719/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 977/2006 κ.ά.).

23. Επειδή σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής του από την αναθέτουσα αρχή ή τον παρεμβαίνοντα, 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 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.

24. Επειδή, σε συνέχεια των αναφερόμενων στην ανωτέρω σκέψη, ελέγχεται αυτεπάγγελτα 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 εννόμου συμφέροντος. Δεν αρκεί δηλαδή ο προσφεύγων να επικαλείται την ύπαρξη εννόμου 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 ΑΕ. 2017). Υφίσταται, περαιτέρω, στα πλαίσια της μεν ακυρωτικής δίκης προαπόδειξη του εννόμου γεγονός που δεν καθιστά θεμιτή τη μεταγενέστερη προσαγωγή αποδεικτικών στοιχείων θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος (ΣτΕ 1393/2003) στη δε διαδικασία εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής το έννομο συμφέρον θα πρέπει να προαποδεικνύεται με την άσκησή της.

## Αριθμός απόφασης: Α201/2018

25. 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.

26. 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 (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).

27. Επειδή σε κάθε περίπτωση οι προβαλλόμενοι από τον προσφεύγοντα λόγοι ακύρωσης περί υπάρξεως πλημμελειών κατά τη διοικητική διαδικασία ή περί παράβασης νόμου, όσο σοβαρές και εάν είναι οι πλημμέλειες αυτές και όσο κατάφωρη η παράβαση νόμου, δεν μπορούν να θεμελιώσουν έννομο συμφέρον για τον προσφεύγοντα, αφού άλλωστε η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της αιτήσεως και όχι στο παραδεκτό αυτής (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, *Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017).

28. Επειδή, ειδικότερα, όσον αφορά την προσφυγή κατά όρων διακήρυξης, ο προσφεύγων πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣΤΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, «*Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*», Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756).

29. Επειδή, ως έχει παγίως κριθεί ο περιορισμός των προσώπων που δύνανται να προσφύγουν κατά μιας κανονιστικής πράξης, υπό την έννοια της

## Αριθμός απόφασης: Α201/2018

θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος είναι θεμιτός και επιβεβλημένος, μη προσκρούων στο άρθρο 6 της ΕΣΔΑ καθόσον συνάδει στην εξασφάλιση αποτελεσματικής έννομης προστασίας κατά το προδικαστικό στάδιο, αποτρέποντας την έναρξη προπετών διαδικασιών, με παρελκυστικά κίνητρα που παρεμποδίζουν την υγιή ανταγωνισμό και την ανάπτυξη.

30.Επειδή το άρθρο 1 παρ. 1 της Οδηγίας 89/665 επιβάλλει στα κράτη μέλη την υποχρέωση να λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε οι παράνομες αποφάσεις των αναθετουσών αρχών να υπόκεινται στην άσκηση αποτελεσματικών και όσο το δυνατόν ταχύτερων προσφυγών (βλ. ενδεικτικά C-470/99, *Universale-Bau*, Συλλογή 2002, σ. I-11617, σκέψη 74 και της 19ης Ιουνίου 2003, *Fritsch, Chiari & Partner*, κλπ, C-410/01, Συλλογή 2003, σ. I-6413, σκέψη 30). Ωστόσο η άρνηση αναγνώρισης εννόμου συμφέροντος για άσκηση προσφυγής σε συγκεκριμένες περιπτώσεις προφανώς δεν περιορίζει την πρακτική αποτελεσματικότητα της εν λόγω Οδηγίας αλλά σε πολλές περιπτώσεις συνάδει στην σκοπούμενη επιτάχυνση και συνακόλουθα αποτελεσματικότητα της παροχής έννομης προστασίας. Επομένως, στο πλαίσιο ενσωμάτωσης της δικονομικής Οδηγίας 89/665/EK, τα κράτη μέλη δεν υποχρεούνται να παρέχουν το δικαίωμα ασκήσεως προσφυγής σε οποιοδήποτε πρόσωπο επιδιώκει τη σύναψη δημοσίας συμβάσεως (βλ. ενδεικτικά ΔΕΕ C-240/01, 19.6.03, *W.Hackermuller*, Συλλ. 2003, I-6319, σκέψεις 18-19 και C-230/02, 12.2.04 *Grossmann Air Service*, σκ 26).

31.Επειδή η αδυναμία συμμετοχής ενδιαφερομένου σε διαγωνιστική διαδικασία πρέπει να οφείλεται στην προβαλλόμενη παρανομία της διοίκησης και όχι στην εκ μέρους του ακολουθούμενη εμπορική πολιτική. Επομένως εφόσον με τις προβαλλόμενες αιτιάσεις ο προσφεύγων επιδιώκει την τροποποίηση όρων της διακήρυξης προκειμένου να του δοθεί η δυνατότητα να προσφέρει συγκεκριμένο μηχάνημα, τότε η συμμετοχή του δεν παρεμποδίζεται από όρο της διακήρυξης αλλά είναι συνέπεια της εμπορικής του πολιτικής, η δε αίτηση της ανεξαρτήτως της βασιμότητας των προβαλλόμενων λόγων (πρβλ ΣΤΕ ΕΑ 434/2008) είναι απορριπτέα ως ασκούμενη άνευ εννόμου συμφέροντος [(ΣΤΕ ΕΑ 581/2008), βλ. και Φ. Αρναούτογλου, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων, Νομική Βιβλιοθήκη, 2<sup>η</sup> έκδοση, παρ. 133 σελ.96-97).



## Αριθμός απόφασης: Α201/2018

32. Επειδή ο προσφεύγων ρητώς αναφέρει ότι η επίμαχη υποπροδιαγραφή αποκλείει αυτόματα και συλλήβδην τη συμμετοχή του ο οποίος προτίθεται να προσφέρει το φορητό ακτινοσκοπικό C-ARM σύστημα....., το οποίο διαθέτει σήμανση CE mark, περαιτέρω αναφέρει ότι η εν λόγω υποπροδιαγραφή θέτει εκποδών το «Μηχάνημα» της εταιρείας μας. Ωστόσο δεν προβάλλει ότι ο εν γένει αποκλεισμός του οφείλεται στο ότι δεν διαθέτει στην γκάμα του οιοδήποτε προϊόν που να καλύπτει τις τιθέμενες τεχνικές προδιαγραφές, ούτε προκύπτει σαφώς από τις *ad hoc* ειδικές συνθήκες, ότι θίγονται τα επαγγελματικά και οικονομικά του συμφέροντα. Επομένως, δεν προκύπτει ότι ο προσφεύγων αποκλείεται από το διαγωνισμό, ως ο ίδιος υποστηρίζει, λόγω της επίμαχης υπό προδιαγραφής αλλά συνάγεται η επιθυμία του να τροποποιηθούν οι τεχνικές προδιαγραφές για να καταστεί δυνατή η προσφορά συγκεκριμένου προϊόντος με διαφορετικά τεχνικά χαρακτηριστικά από τα ζητούμενα. Συνεπώς, ο προσφεύγων δεν θεμελιώνει στο παρόν στάδιο προσωπικό, άμεσο και ενεστώς έννομο συμφέρον σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναγραφόμενα στις προηγούμενες σκέψεις.

33.Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 366 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι : *«1. Η ΑΕΠΠ, μπορεί, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως, όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση της απόφασής της.*

*2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή.*

*3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μην χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης παραγράφου αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου*

## **Αριθμός απόφασης: Α201/2018**

*συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δεν θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».*

34.Επειδή, προϋπόθεση της παροχής προσωρινών μέτρων υπέρ του αιτούντος είναι α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του- και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η απλή πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη – ως και προδήλως απαράδεκτη – προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη (άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 και 366 του Ν. 4412/2017).

35. Επειδή σύμφωνα με τα ανωτέρω αναφερθέντα, κρίνεται ότι λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος δεν πληρούται η προϋπόθεση της παραδεκτής άσκησης της προδικαστικής προσφυγής εκ μέρους του προσφεύγοντος, προκειμένου να χορηγηθούν υπέρ του κατάλληλα προσωρινά μέτρα. Ακόμη δε και εάν ήθελε υποθεθεί ότι υφίστανται πλημμέλειες στους επίμαχους όρους της διακήρυξης, όσο σοβαρές και εάν είναι, δεν μπορούν να θεμελιώσουν έννομο συμφέρον για τον προσφεύγοντα, αφού άλλωστε η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της αιτήσεως και όχι στο παραδεκτό αυτής.

36. Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση.

37.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να απορριφθεί.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής-προσωρινών μέτρων.

**Αριθμός απόφασης: Α201/2018**

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 30 Απριλίου 2018 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Ειρήνη Ε. Αψοκάρδου**

**Φιλία Κοντραφούρη**