

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 21.02.2018 με την εξής σύνθεση:
Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου -Εισηγήτρια-
και Μαρία Μανδράκη, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής το οποίο σωρεύεται στην
ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. από 12.02.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό
Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών
(ΑΕΠΠ) 140/12.02.2018 της προσφεύγουσας εταιρίας με την επωνυμία «...»,
νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά των όρων της με αριθ. ... Διακήρυξης για τη διενέργεια
διεθνούς, ηλεκτρονικού, ανοικτού, δημόσιου διαγωνισμού με αντικείμενο την
«Προμήθεια διατάξεων ενδοσκοπίας και ενδοχειρουργικής, Π.Π.Υ.Υ. 2015, για
ένα έτος», συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 799.533,16 ευρώ χωρίς ΦΠΑ
και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα προσφορά βάσει τιμής.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της, η προσφεύγουσα επιδιώκει
την ακύρωση της ανωτέρω προσβαλλόμενης Διακήρυξης κατά το μέρος που
αυτή εμπεριέχει όρους που παραβιάζουν τις αρχές της ανάπτυξης υγιούς
ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, αποκλείοντας
ως εκ τούτου το δικαίωμα συμμετοχής της στον εν λόγω διαγωνισμό.

Ετέρωθεν, η προσφεύγουσα αιτείται όπως διαταχθεί η αναστολή
εκτέλεσης της προσβαλλόμενης Διακήρυξης έως την έκδοση απόφασης επί
της υπόψη Προδικαστικής Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αριθμός απόφασης: Α 84 / 2018

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, έχει κατατεθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...), ποσού 979,13€, το οποίο υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας, άνευ ΦΠΑ, της προκηρυχθείσας σύμβασης ενώ επισυνάπτεται αντίγραφο ηλεκτρονικής πληρωμής του ποσού σε Τράπεζα με την ένδειξη «Εξόφληση λογαριασμού».

2. Επειδή, έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 799.533,16 €, χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 αυτού και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

4. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, όπου προβλέπεται ότι «1. (σ)ε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: (α) ... (β) ... (γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ», αφού η πλήρης γνώση της προσβαλλόμενης πράξης τεκμαίρεται μετά την πάροδο 15 ημερών από τη δημοσίευση της στις 18.01.2018 στο ΚΗΜΔΗΣ, ήτοι την 02.02.2018, οπότε και εκκινεί η δεκαήμερη προθεσμία για την άσκηση Προσφυγής, και η Προδικαστική Προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 12.02.2018.

Αριθμός απόφασης: Α 84 / 2018

5. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της με αριθ. ... Διακήρυξης του Γενικού Αντικαρκινικού Ογκολογικού Νοσοκομείου ... με την οποία προκηρύχθηκε διεθνής, ηλεκτρονικός, ανοικτός δημόσιος διαγωνισμός με αντικείμενο την «Προμήθεια διατάξεων ενδοσκοπίας και ενδοχειρουργικής, Π.Π.Υ.Υ. 2015, για ένα έτος», συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 799.533,16 ευρώ, χωρίς ΦΠΑ, και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα προσφορά βάσει τιμής, όπως αυτή δημοσιεύθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. και στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. την 18.01.2018. Με την υπό κρίση προσφυγή της, η προσφεύγουσα προσβάλλει επιμέρους όρους της Διακήρυξης, οι οποίοι, κατά τους ισχυρισμούς της, προδιαγράφονται με τέτοιο τρόπο ώστε να παραβιάζουν θεμελιώδεις γενικές αρχές του δικαίου περί δημοσίων συμβάσεων, και δη την ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού και την ίση μεταχείριση μεταξύ των διαγωνιζομένων, με αποτέλεσμα τον αποκλεισμό του δικαιώματος συμμετοχής της στον υπόψη διαγωνισμό. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι : α) για το είδος με α/α 50 απαιτείται η πλαστική ενδοπρόθεση τύπου rigtail να είναι κατασκευασμένη από C-Flex, προδιαγραφή η οποία παραπέμπει στο κατοχυρωμένο εμπορικό σήμα της αμερικάνικης εταιρίας Saint-Gobain Performance Plastics Corporation από την οποία παράγεται αποκλειστικά, β) για το είδος με α/α 52 απαιτείται τα ενδοσκοπικά stent να φέρουν εξειδικευμένη υδρόφιλη επικάλυψη τύπου Hydromer σε όλο τους το σώμα, προδιαγραφή η οποία παραπέμπει στην αμερικάνικη εταιρία Conmed Corporation, από την οποία παράγεται αποκλειστικά, γ) για το είδος με α/α 65 απαιτείται η υδρόφιλη επικάλυψη των οδηγών συρμάτων να είναι Pebax, επικάλυψη η οποία παραπέμπει στο εμπορικό σήμα της γαλλικής εταιρίας Arkema, από την οποία παράγεται αποκλειστικά, δ) για το είδος με α/α 66 απαιτείται τα σύρματα οδηγοί χοληφόρων να έχουν πυρήνα επικαλυμμένο πρωτίστως με στρώμα (PTFE) ΚΑΙ Endoglide και η άκρη του σύρματος να έχει υδρόφιλη επικάλυψη Glidex, χαρακτηριστικά που παραπέμπουν στα προϊόντα που κατασκευάζει η εταιρία Boston Scientific, ε) για το είδος με α/α 76 απαιτείται οι καθετήρες μπαλόνια διαστολεις χοληφόρων να φέρουν ολισθηρή επικάλυψη mediglide, επικάλυψη την οποία φέρει μόνο το σχετικό προϊόν που κατασκευάζει και εμπορεύεται η εταιρία με την επωνυμία Boston Scientific Corporation, στ) για το είδος με α/α

Αριθμός απόφασης: Α 84 / 2018

67 απαιτείται ο πυρήνας των οδηγών συρμάτων να είναι κατασκευασμένος από Regilant Nitinol, υλικό το οποίο συνιστά κατοχυρωμένο εμπορικό σήμα της εταιρίας Conmed Corporation, από την οποία και παράγεται αποκλειστικά, ζ) για το είδος με α/α 68 απαιτείται οι προσφερόμενοι προκεκαμμένοι σφιγκτηροτόμοι τριπλού αυλού να διατίθενται με άκρο διαμέτρου μεταξύ άλλων 3,9 Fr, διάσταση η οποία προσφέρεται μόνο από την εταιρία Boston Scientific Corporation για τα προϊόντα με τις εμπορικές ονομασίες Jagtome και Autotome, η) για τα είδη με α/α 71 και 78 απαιτείται οι προσφερόμενοι σφιγκτηροτόμοι διπλού αυλού και τα μπαλόνια αφαίρεσης χολολίθων να διαθέτουν ειδική χειρολαβή και διαγράμμιση στον καθετήρα έτσι ώστε να είναι συμβατά με ειδική συσκευή εναλλαγής αναλωσίμων τύπου V , συσκευή η οποία κατασκευάζεται και διατίθεται μόνο από την ιαπωνική εταιρία Olympus Corporation, θ) για τα είδη με α/α 196 έως 202 απαιτείται οι προσφερόμενες ενδοσκοπικές βελόνες κυτταρολογικής βιοψίας, βελόνες κυτταρολογικής βιοψίας ενδοσκοπικού υπερήχου και βελόνες λήψης κυτταρολογικού και ιστολογικού υλικού να είναι κατασκευασμένες από κράμα κοβαλτίου-χρωμίου, χαρακτηριστική γνωρίσματα των βελόνων με την εμπορική ονομασία Expect της εταιρίας Boston Scientific. Κατόπιν τούτων, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση των ως άνω προδιαγραφών της υπόψη διακήρυξης σωρεύοντας παράλληλα αίτημα αναστολής εκτέλεσης αυτής.

6. Επειδή, με τη με αριθ. πρωτ. 31/21.02.2018 δήλωσή της, η προσφεύγουσα παραιτείται μερικώς από την υπό κρίση προσφυγή της και δη αναφορικά με τους προβαλλόμενους σε αυτή ισχυρισμούς σχετικά με τα είδη με α/α 50, 52, 65, 66, 67, 68, 71, 76 και 78. Ως εκ τούτου με την υπό κρίση προσφυγή βάλλει κατά των προδιαγραφών που αφορούν στα είδη με α/α 196 έως 202.

7. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) ορίζεται 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

Αριθμός απόφασης: Α 84 / 2018

που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση 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 μη χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης παραγράφου αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη ...». Ομοίως δε ορίζεται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

8. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: «*Δίδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας*».

9. Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Ετέρωθεν, δεν θα πρέπει και η ίδια η απόφαση να δημιουργεί τέτοιες καταστάσεις, οδηγώντας σε πλήρη ικανοποίηση του ασφαλιστέου δικαιώματος, αφού η ισχύς της είναι προσωρινή και δεν θα πρέπει να επηρεάζει κατά τούτο την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς, και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

10. Επειδή, παρέπεται ότι προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού

Αριθμός απόφασης: Α 84 / 2018

προσωρινών μέτρων αποτελούν α) ως προς το παραδεκτό του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, το προδήλως παραδεκτό της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, β) ως προς το βάσιμο του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η πιθανολόγηση παραβίασης κανόνα του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις και την ανάγκη λήψης προσωρινών μέτρων για την άρση δυσμενών από την παράβαση αυτή αποτελεσμάτων ή για την αποτροπή της ζημίας των συμφερόντων του αιτούντος (βλ. Ράϊκο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 766 επομ.).

11. Επειδή, η προσφεύγουσα στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι, ακόμα κι αν η ίδια συνιστά εταιρία που δραστηριοποιείται επί πολλά συναπτά έτη στον τομέα της εμπορίας αναλώσιμων υγειονομικών υλικών, όντας προμηθευτής πολλών δημόσιων νοσοκομείων, εν προκειμένω, στο μέτρο που η προσβαλλόμενη διακήρυξη περιέχει όρους που τείνουν να φωτογραφίζουν προϊόντα συγκεκριμένης κατασκευής ή προελεύσεως από συγκεκριμένες εμπορικές εταιρίες, καταλύεται το δικαίωμά της να συμμετάσχει νομίμως στον υπόψη διαγωνισμό, υποβάλλοντας προσφορά για την προμήθεια των ειδών που αποτελούν το αντικείμενο της προκηρυχθείσας σύμβασης.

12. Επειδή, όπως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία, στο στάδιο εξέτασης του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η επικαλούμενη εκ μέρους του προσφεύγοντος βλάβη, δέον να συνίσταται όχι απλώς στην επίκληση παρανομίας ή στη κατά γενικό τρόπο επίκληση παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά σε μία νομική και πραγματική κατάσταση, η οποία ανάγεται σε πραγματικά περιστατικά, συγκεκριμένα και αρκούντως εξειδικευμένα, βάσει των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή στο διαγωνισμό, είτε προδιαγράφεται άμεσα ή έμμεσα το αποτέλεσμα λόγω αδυναμίας του προσφεύγοντος να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις, με αποτέλεσμα να δημιουργείται μια προσωρινά προστατευτέα κατάσταση που να δικαιολογεί τη χορήγηση προσωρινού μέτρου (ΣΤΕ ΕΑ 147/2016, 1140, 1137, 977/2010, 1149/2009, 14/2006).

Αριθμός απόφασης: Α 84 / 2018

13. Επειδή, κατ'ακολουθίαν των ανωτέρω, η προσφεύγουσα προσδιορίζει τη βλάβη της στο γεγονός ότι, αν και προτίθεται να συμμετάσχει στον υπόψη διαγωνισμό, υποβάλλοντας σχετική προσφορά για τα υπό προμήθεια είδη, σε περίπτωση διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, η οποία παρανόμως θέτει τους προαναφερόμενους προσβαλλόμενους όρους, καταλύεται το δικαίωμά της να συμμετάσχει σε αυτόν, σε κάθε δε περίπτωση αποκλείεται εκ των προτέρων η αποδοχή της προσφοράς της. η Ως εκ τούτου, αιτείται την προσωρινή διασφάλιση του ως άνω δικαιώματός της έως την έκδοση απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής της, ήτοι της δυνατότητάς της να συμμετάσχει εν τέλει στον υπόψη διαγωνισμό, αφού ακυρωθούν οι προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης, θεμελιώνοντας την ύπαρξη προσωπικού, άμεσου και ενεστώτος έννομου συμφέροντος της για την προσβολή της επίμαχης εκτελεστής διοικητικής πράξης και την εξ' αυτής βλάβη της.

14. Επειδή, αναφορικά με τους προβαλλόμενους λόγους προσφυγής της προσφεύγουσας τυγχάνουν εφαρμογής οι διατάξεις του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016 όπου ορίζεται ότι : *«1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης».*

15. Επειδή, περαιτέρω, εφαρμοστέα είναι και η διάταξη του άρθρου 54 παρ. 2 - 6 του Ν. 4412/2016 όπου 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 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*

Αριθμός απόφασης: Α 84 / 2018

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», 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». 5. Όταν η αναθέτουσα αρχή χρησιμοποιεί τη δυνατότητα παραπομπής στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' της παρ. 3, δεν απορρίπτει προσφορά με την αιτιολογία ότι τα προσφερόμενα έργα, αγαθά ή οι υπηρεσίες δεν πληρούν τις τεχνικές προδιαγραφές στις οποίες έχει παραπέμψει, εφόσον ο προσφέρων αποδεικνύει στην προσφορά του, με κάθε ενδεδειγμένο μέσο, συμπεριλαμβανομένων των αποδεικτικών μέσων που αναφέρονται στο άρθρο

Αριθμός απόφασης: Α 84 / 2018

56, ότι οι λύσεις που προτείνει πληρούν κατά ισοδύναμο τρόπο τις απαιτήσεις που καθορίζονται από τις τεχνικές προδιαγραφές. 6. Όταν η αναθέτουσα αρχή χρησιμοποιεί τη δυνατότητα που αναφέρεται στην περίπτωση α` της παρ. 3 για τη διατύπωση των τεχνικών προδιαγραφών με αναφορά στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις, δεν απορρίπτει προσφορά έργων, αγαθών ή υπηρεσιών που πληρούν ένα εθνικό πρότυπο το οποίο αποτελεί μεταφορά ευρωπαϊκού προτύπου, μία ευρωπαϊκή τεχνική έγκριση, μία κοινή τεχνική προδιαγραφή, ένα διεθνές πρότυπο ή ένα τεχνικό πλαίσιο αναφοράς που έχει εκπονηθεί από έναν ευρωπαϊκό οργανισμό τυποποίησης, εφόσον οι εν λόγω προδιαγραφές καλύπτουν τις επιδόσεις ή τις λειτουργικές απαιτήσεις που ορίζει. Ο προσφέρων αποδεικνύει στην προσφορά του, με κάθε ενδεδειγμένο μέσο, συμπεριλαμβανομένων και εκείνων που αναφέρονται στο άρθρο 56, ότι το έργο ή αγαθό ή η υπηρεσία που πληροί το πρότυπο ανταποκρίνεται στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις τις οποίες έχει ορίσει η αναθέτουσα αρχή».

16. Επειδή, ως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία, η Διοίκηση είναι κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης ως προς τα προς προμήθεια είδη, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη ενώ θα πρέπει να θεωρείται ότι απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό η σκοπιμότητα της θέσπισης επιμέρους όρων και τεχνικών προδιαγραφών (ΣΤΕ 1290/2016, 214/2011, 3719/2011, ΕΑ ΣΤΕ 434/2008). Και τούτο διότι όταν ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επικαλείται λόγους με τους οποίους επιχειρεί, υπό τη μορφή γενικής αμφισβήτησης της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης, να προσδιορίσει κατά τις δικές του δυνατότητες τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει βάση δικών του εκτιμήσεων τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, αυτοί οι λόγοι είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (ΣΤΕ ΕΑ 307/2007). Σε κάθε περίπτωση, οι τεχνικές προδιαγραφές πρέπει να ελέγχονται από την άποψη τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης, της απαγόρευσης διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (ΣΤΕ 189/2015, ΕΑ ΣΤΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014). Παρόλα αυτά, και στην

Αριθμός απόφασης: Α 84 / 2018

περίπτωση αυτή ελέγχονται οι όροι της διακήρυξης, και δη οι τεχνικές προδιαγραφές από άποψη τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης, της απαγόρευσης διακρίσεως καθώς και της αρχής της αναλογικότητας. Ως εκ τούτου, οι τεχνικές προδιαγραφές θα πρέπει να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και να μην εισάγουν 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 αυτή χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου, ούτε να συνεπάγονται αδικαιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη του ανταγωνισμού.

17. Επειδή, άλλωστε, κατά την έννοια της διάταξης του άρθρου 54 παρ. 4-5 του Ν. 4412/2016, όταν η αναθέτουσα αρχή χρησιμοποιεί τη δυνατότητα παραπομπής σε τεχνικές προδιαγραφές οφείλει, πέρα από τον προσδιορισμό των απαιτούμενων προδιαγραφών, να προσφέρει τη δυνατότητα παραπομπής σε ισοδύναμα μέσα, κάνοντας χρήση του όρου «ή ισοδύναμο». Ως εκ τούτου, η αναθέτουσα αρχή δε δύναται να απορρίπτει μια προσφορά με την αιτιολογία ότι τα προσφερόμενα αγαθά δεν πληρούν τις τεχνικές προδιαγραφές στις οποίες έχει παραπέμψει, εφόσον ο προσφέρων αποδεικνύει στην προσφορά του, με κάθε ενδεδειγμένο μέσο, ότι οι λύσεις που προτείνει πληρούν κατά ισοδύναμο τρόπο τις απαιτήσεις που καθορίζονται από τις τεχνικές προδιαγραφές (ΔΕΕ C-359/93).

18. Επειδή, εν προκειμένω, οι τεχνικές προδιαγραφές των υπό προμήθεια ειδών με α/α από 196 έως 202, όπως αυτά απαριθμούνται στο Παράρτημα Β' της υπόψη διακήρυξης, περιγράφονται με παραπομπή σε υλικά συγκεκριμένης κατασκευής, τα οποία, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, παράγει ή/και προσφέρει στην αγορά συγκεκριμένη εμπορική εταιρία, χωρίς η αναθέτουσα αρχή να παρέχει στους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς τη δυνατότητα να προσφέρουν είδη που πληρούν κατά ισοδύναμο τρόπο τις απαιτήσεις που καθορίζονται από τις τεχνικές προδιαγραφές, κάνοντας χρήση του όρου «ή ισοδύναμο», όπως

Αριθμός απόφασης: Α 84 / 2018

απαιτείται κατά την ισχύουσα νομοθεσία, με αποτέλεσμα να περιορίζεται σημαντικά ο αριθμός των υποψήφιων οικονομικών φορέων που δύνανται να συμμετέχουν στον υπόψη διαγωνισμό.

19. Επειδή, άλλωστε, όπως έχει κριθεί από τη νομολογία, όταν η διοίκηση ενεργεί διαγωνισμούς προμήθειας ιατροτεχνολογικών προϊόντων κατά το σύστημα της χαμηλότερης προσφοράς δε δύναται να αξιώνει για τα προς προμήθεια είδη επιπρόσθετες προδιαγραφές, πέραν της σήμανσης CE, μέσω της οποίας δηλώνεται ότι τα είδη αυτά ανταποκρίνονται στα εναρμονισμένα πρότυπα, διότι με τον τρόπο αυτό θέτει αδικαιολόγητα εμπόδια στη συμμετοχή περισσότερων οικονομικών φορέων στους ως άνω διαγωνισμούς, τα οποία μπορούν να οδηγήσουν έως και στον αποκλεισμό της διάθεσης στο εμπόριο και της έναρξης χρήσεως προϊόντων που φέρουν τη σήμανση CE (ΣΤΕ 491/2012). Προς τούτο δε, η προσφεύγουσα προβάλλει περαιτέρω τον ισχυρισμό, ότι τα είδη που η ίδια προτίθεται να προσφέρει στον υπόψη διαγωνισμό φέρουν τη σήμανση CE, ήτοι ανταποκρίνονται στα εναρμονισμένα πρότυπα και καλύπτουν τις ελάχιστες απαιτούμενες για τη χρήση τους τεχνικές προδιαγραφές.

20. Επειδή, ως εκ τούτου, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας αναφορικά με την παραβίαση των κανόνων περί δημοσίων συμβάσεων, όπως αυτή συντελείται δια των ως άνω προσβαλλόμενων όρων της υπόψη διακήρυξης, κρίνονται ως προδήλως βάσιμοι.

21. Επειδή, κατόπιν τούτων, νομίμως εικάζεται ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις που απαιτούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, λαμβανομένου δε υπόψη ότι η κρίση επί των προσβαλλόμενων όρων της διακήρυξης προϋποθέτει ενδελεχή έρευνα των σχετικών νομικών και τεχνικών ζητημάτων που τίθενται με αυτήν, γίνεται δεκτό ότι η περαιτέρω πρόοδος της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας θα πρέπει να εξελιχθεί μόνον εφόσον εκκαθαριστούν τα πραγματικά και νομικά ζητήματα που τίθενται με την υπόψη προσφυγή.

22. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής της προσφεύγουσας.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με τη με αριθ. ... Διακήρυξη για τη διενέργεια διεθνούς, ηλεκτρονικού, ανοικτού, δημόσιου διαγωνισμού με αντικείμενο την «Προμήθεια διατάξεων ενδοσκοπίας και ενδοχειρουργικής, Π.Π.Υ.Υ. 2015, για ένα έτος», συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 799.533,16 ευρώ, χωρίς ΦΠΑ, αναφορικά με τα είδη με α/α 196 έως 202, έως την έκδοση απόφασης επί της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 21 Φεβρουαρίου 2018, συντάχθηκε την ίδια ημέρα από την Εισηγήτρια και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Βασιλική Κ. Μπάκου