

ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)
2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ
Λεωφόρος Θηβών 198,
Αγ. Ιωάννης Ρέντη Πειραιώς, Τ.Κ. 18233
Κτίριο Κεράνη 5^{ος} όροφος
Τηλ. 213-2141219
Website: www.aepp-procurement.gr
Email: aepp@aepp-procurement.gr

ΑΠΟΦΑΣΗ ΜΕ ΑΡΙΘΜΟ 1/2017

Του 2^{ου} ΚΛΙΜΑΚΙΟΥ Α.Ε.Π.Π. αποτελούμενου από τον Προεδρεύοντα, Στυλιανό Μαυρίδη και τα μέλη, Νικόλαο Σαββίδη (εισηγητή) και Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή επί του αιτήματος για Αναστολή και Λήψη Προσωρινών Μέτρων που σωρεύεται στην με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ .../31-7-2017 και Ειδ. Αριθ. Κατ. .../31-7-2017 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία ... και με Αναθέτουσα Αρχή το Γενικό Νοσοκομείο...

Έχοντας λάβει υπόψη:

1. Τις διατάξεις:

α) των άρθρων 353, 355, 360, 362, 363, 364, 365, 366 και 367 του Ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών, προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ» (ΦΕΚ Α' 147/ 08.08.2016), όπως ισχύει,

β) των άρθρων 6, 8, 9, 12, 13, 14, 15, 18 και 20 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (ΦΕΚ Α' 64/4.5.2017),

2. Την κατάθεση της από 31.7.2017 (με ημερομηνία καταχώρησης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού την 31.07.2017), με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ .../31.7.2017, Ειδ. Αριθ. Κατ. .../31.7.2017 και χρέωσής της στο 2ο Κλιμάκιο με το από 1.08.2017 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα της Γραμματείας του 2ου Κλιμακίου, Προδικαστικής Προσφυγής της εταιρείας με την επωνυμία ... και με Αναθέτουσα Αρχή το Γενικό Νοσοκομείο Αθηνών ... η οποία στρέφεται κατά όρων της Διακήρυξης με αριθμό 3/2017 του διεθνή ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την προμήθεια αντιδραστηρίων αιματολογικών τεστ (αντιδραστηρίων αιματολογικού) (Κωδικός CPV 33696200-7) για τις ανάγκες του προαναφερόμενου Νοσοκομείου για ένα (1) έτος, προϋπολογιζόμενης δαπάνης 521.352,10€ άνευ ΦΠΑ και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή).

3. Το περιλαμβανόμενο στην πιο πάνω Προδικαστική Προσφυγή αίτημα της Προσφεύγουσας εταιρείας περί εκδόσεως πράξης αναστολής εκτέλεσης των όρων της προσβαλλόμενης διακήρυξης και ορισμού κατάλληλων προσωρινών μέτρων μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της πιο πάνω Προδικαστικής προσφυγής.

4. Την με αρ. Πρωτ./Οικ./51/2-8-2017 Πράξη με αρ.1/2017 του Προέδρου του 2^{ου} Κλιμακίου ΑΕΠΠ.

5. Την κοινοποίηση της πιο πάνω Πράξης και Κλήσης στην Προσφεύγουσα εταιρεία και την Αναθέτουσα Αρχή με το από 02.08.2017 ηλεκτρονικό μήνυμα της Γραμματείας του 2ου Κλιμακίου.

6. Τον σχηματισθέντα φάκελο της υπόθεσης, που ανακοινώθηκε στον Εισηγητή.

7. Τις από 07-08-2017 Απόψεις της Αναθέτουσας Αρχής, που εμπεριέχονται στο με αρ. πρωτ. 18172/07-08-2017 έγγραφο της Επιτροπής Σύνταξης Προδιαγραφών του Τμήματος Προμηθειών της Αναθέτουσας Αρχής που κοινοποιήθηκε στο Κλιμάκιό μας με το με αρ. πρωτ. 18245/07-08-2017 έγγραφο του Δ/ντή Διοικητικής Υπηρεσίας της Αναθέτουσας Αρχής επί του αιτήματος της αναστολής εκτέλεσης – προσωρινών μέτρων της Προσφεύγουσας.

8. Την από 09-08-2017 Εισήγηση του μέλους του 2^{ου} Κλιμακίου, Νικολάου Σαββίδη

Αφού άκουσε τον εισηγητή και μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,

Σκέφτηκε κατά το Νόμο :

I. ΣΥΝΤΟΜΟ ΙΣΤΟΡΙΚΟ

1. Με τη με αριθ. 3/2017 (Αριθ. πρωτ. .) Διακήρυξη του Γενικού Νοσοκομείου Αθηνών «....» (Αναθέτουσα Αρχή), προκηρύχθηκε Διεθνής Ανοικτός Ηλεκτρονικός Διαγωνισμός άνω των ορίων για την Προμήθεια «ΑΝΤΙΔΡΑΣΤΗΡΙΩΝ ΑΙΜΑΤΟΛΟΓΙΚΩΝ ΤΕΣΤ (ΑΝΤΙΔΡΑΣΤΗΡΙΩΝ ΑΙΜΑΤΟΛΟΓΙΚΟΥ), CPV: 33696200-7, με αριθμούς συστήματος 43633, 43635, 43636, 43637, 43638 και 43639, με αριθμό Διακήρυξης 3/2017 (.....), συνολικού ετήσιου κόστους 521.352,10 € + ΦΠΑ, ήτοι συνολικά 646.476,61 με Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει της τιμής (χαμηλότερη τιμή), με έναρξη υποβολής προσφορών στις 14.07.2017, καταληκτική ημερομηνία παραλαβής προσφορών στις 8.9.2017 και ημερομηνία διεξαγωγής του διαγωνισμού την 15^η Σεπτεμβρίου 2017.

2. Σύμφωνα με τα αναφερόμενα στη σελίδα 8 της Διακήρυξης, η επίμαχη Διακήρυξη απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 30.6.2017 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης και δημοσιεύτηκε στις 5.7.2017 με αριθμό δημοσίευσης..... Το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 10.7.2017 και στις 14.7.2017 καταχωρήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ., όπου έλαβε τους συστημικούς αριθμούς 43633, 43635, 43636, 43637, 43638 και 43639.

3. Η Προσφεύγουσα στην υπό κρίση Προσφυγή της δήλωσε ότι έλαβε πραγματική γνώση του περιεχομένου της Διακήρυξης στις 24.7.2017 από τη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.

4. Η Προσφεύγουσα κατέθεσε στις 31.07.2017 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) την υπό κρίση Προσφυγή της, η οποία κοινοποιήθηκε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν.

5. Με την υπό κρίση Προσφυγή της η Προσφεύγουσα στρέφεται κατά όρων της Διακήρυξης, που αφορούν τις τεχνικές προδιαγραφές των αυτόματων αιματολογικών

αναλυτών (δύο αναλυτών ίδιου τύπου) της ομάδας αντιδραστηρίων με παραχώρηση συνοδού εξοπλισμού, για τα οποία μεταξύ άλλων ζητείται από τους διαγωνιζόμενους να υποβάλλουν προσφορά και, συγκεκριμένα, τις σχετικές τεχνικές προδιαγραφές υπό τον αριθμό 4, 5, 12 και 16 της Διακήρυξης, για τον λόγο ότι παραβιάζουν την αρχή της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης και καταστρατηγούν την ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, καθώς αν το Νοσοκομείο εμμένει στους όρους αυτούς, θα περιοριστεί σημαντικά η συμμετοχή στο Διαγωνισμό προς βλάβη και της Προσφεύγουσας, αλλά και του Δημοσίου συμφέροντος, κατά παράβαση των διατάξεων των άρθρων 18 παρ.1, 53 παρ. 2 περ. ια, 54 παρ. 2 επ. και 91 παρ. 1^α Ν. 4412/2016.

6. Πιο συγκεκριμένα, η Προσφεύγουσα στρέφεται: α) κατά της προδιαγραφής 4 και ιδίως κατά της αναφοράς ... να μετρά με άμεση μέτρηση: ... εύρος κατανομής ερυθρών SD ..., παράμετρος που η πλειοψηφία των αιματολογικών αναλυτών δεν μετρούν πλέον και δεν την αναφέρουν καν στις παραμέτρους τους και με δεδομένο ότι η συγκεκριμένη παράμετρος υπολογίζεται και δεν έχει αποδεδειγμένη κλινική αξία, εμποδίζει την συμμετοχή περισσότερων εταιριών, μεταξύ των οποίων και της Προσφεύγουσας, στο Διαγωνισμό, αιτείται δε την διαγραφή της φράσης «εύρος κατανομής ερυθρών SD» από την επίμαχη προδιαγραφή, β) κατά της προδιαγραφής 5 και ιδίως κατά της αναφοράς ότι η μέτρηση πρέπει να πραγματοποιείται με την κατ' όγκο ανάλυση, αποκλείοντας με τον τρόπο αυτό τη συμμετοχή σύγχρονων αιματολογικών αναλυτών με σύγχρονες τεχνολογίες (όπως η οπτική μέτρηση των αιμοπεταλίων με την χρήση του laser που πραγματοποιεί ο σύγχρονος αναλυτής της ίδιας της Προσφεύγουσας που αποδεδειγμένα προσφέρουν αξιόπιστη μέτρηση των αιμοπεταλίων σύμφωνα με την διεθνή βιβλιογραφία, αιτείται δε να τροποποιηθεί η συγκεκριμένη προδιαγραφή μόνο κατά την προσθήκη του όρου στην επίμαχη προδιαγραφή «ή με άλλη ισοδύναμη», γ) κατά της προδιαγραφής 12 και ιδίως κατά της αναφοράς ... να διαθέτει γραμμικότητα για τα λευκά αιμοσφαίρια έως 400x10³μL και για τα αιμοπετάλια τουλάχιστον έως 3.000x10³μL..., ως ιδιαίτερα περιοριστικής και με κίνδυνο να οδηγήσει στον αποκλεισμό αναλυτών, μεταξύ άλλων και της ίδιας της προσφεύγουσας, αιτείται δε την τροποποίηση της συγκεκριμένης προδιαγραφής ως εξής: «Να αναφερθεί η γραμμικότητα του αναλυτή για την μέτρηση των λευκών αιμοσφαιρίων και αιμοπεταλίων και δ) κατά της προδιαγραφής 16 και ιδίως κατά της αναφοράς ... με την μέθοδο της κατ' όγκο ανάλυσης ..., η οποία, όπως και στην προδιαγραφή 5, αποκλείει πολλούς σύγχρονους αιματολογικούς αναλυτές που χρησιμοποιούν σύγχρονες μεθοδολογίες (όπως η οπτική μέτρηση με την χρήση laser που χρησιμοποιεί ο αναλυτής της ίδιας της Προσφεύγουσας) με αποδεδειγμένη αξιοπιστία αποτελεσμάτων από διεθνείς μελέτες, αιτείται δε να τροποποιηθεί η συγκεκριμένη προδιαγραφή κατά την προσθήκη του όρου στην επίμαχη προδιαγραφή «ή με άλλη ισοδύναμη» ως εξής: «Η αρίθμηση των RBC και PLT να πραγματοποιείται με την μέθοδο της κατ' όγκον ανάλυσης (impedance) ή με άλλη ισοδύναμη σύγχρονη μέθοδο. Να περιγραφεί αναλυτικά ο τρόπος μέτρησης των RBC και PLT.»

7. Η Προσφεύγουσα μετά ταύτα υπέβαλε αίτημα περί εκδόσεως πράξης αναστολής εκτέλεσης των όρων της προσβαλλόμενης διακήρυξης και ορισμού κατάλληλων προσωρινών μέτρων μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της πιο πάνω Προδικαστικής προσφυγής.

II. ΕΠΙ ΤΟΥ ΠΑΡΑΔΕΚΤΟΥ

8. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι αρμόδια βάσει 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.

9. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. γ), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016. Συγκεκριμένα, η Διακήρυξη αναφέρει ότι ο διαγωνισμός είναι Ηλεκτρονικός Διεθνής Δημόσιος Ανοιχτός, λαμβάνοντας υπόψη ότι το ..., εμπίπτει στην κατηγορία των Αναθετούσων Αρχών του Ν. 4412/2016 κατά την έννοια του άρθρου 2 παρ. 1 περ. 1), 2), 3) και 4) και ως εκ τούτου το κατώτατο όριο για δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών, όπως η προκείμενη, είναι το ποσό των διακοσίων εννιά χιλιάδων ευρώ (209.000,00 €), όπως ρητά ορίζεται στο άρθρο 5 περ. γ) του Ν. 4412/2016. Συναφώς η Αναθέτουσα Αρχή, σε εφαρμογή του άρθρου 61 του Ν. 4412/2016, το οποίο ορίζει ότι «Για συμβάσεις άνω των ορίων, ως χρόνος έναρξης της ανοιχτής διαδικασίας...νοείται η ημερομηνία αποστολής της σχετικής προκήρυξης σύμβασης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ένωσης...», απέστειλε ηλεκτρονικά την διακήρυξη για δημοσίευση την 30-06-2017 στην Υπηρεσία Δημοσιεύσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, δημοσιεύθηκε δε με αριθμό 2017/s/126-2578661, ως εκ τούτου, η Α.Ε.Π.Π. είναι χρονικά αρμόδια να επιληφθεί της υπό κρίση κατατεθείσας προδικαστικής προσφυγής, κατά τα οριζόμενα στην παρ. 7 του άρθρου 379 του Ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει, εφόσον η διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε σε χρόνο μεταγενέστερο από την 26^η Ιουνίου 2017.

10. 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.

11. Επειδή έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 158 416160957 0925 0029, που πληρώθηκε εμπρόθεσμα την 28-07-2017, σύμφωνα με την από 31-07-2017 επικυρωμένη εκτύπωση πληρωμής αυτού και την από 02-08-2017 βεβαίωση της αρμόδιας υπαλλήλου της ΑΕΠΠ ότι ήλεγξε και δέσμευσε το πιο πάνω παράβολο), ποσού επτακοσίων ογδόντα τριών ευρώ (783,00 €), δεδομένου ότι από την διακήρυξη παρέχεται η δυνατότητα υποβολής προσφοράς για τμήμα ή τμήματα της σύμβασης, μεταξύ των οποίων και το τμήμα με συστημικό αριθμό 43633 «ΑΝΤΙΔΡΑΣΤΗΡΙΑ ΑΙΜΑΤΟΛΟΓΙΚΩΝ ΑΝΑΛΥΤΩΝ» της κατηγορίας των αντιδραστηρίων με παραχώρηση συνοδού εξοπλισμού, συνολικής αξίας 156.451,61 Ευρώ χωρίς ΦΠΑ και συνολικής αξίας με ΦΠΑ 194.000,00 Ευρώ.

12. 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, δεδομένου ότι η προθεσμία έληγε 10 ημέρες από την πλήρη και πραγματική γνώση από τον Προσφεύγοντα των όρων της διακήρυξης κατά των οποίων στρέφεται, γνώση που τεκμαίρεται ότι έλαβε χώρα δεκαπέντε (15) ημέρες από τη δημοσίευση της προκήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ, δηλαδή 15 μέρες μετά την 10-07-2017, ήτοι την 30-07-2017, επομένως εντός της προθεσμίας που έληγε την 9-8-2017, άλλως 10 μέρες από την πραγματική γνώση του, που έλαβε χώρα, όπως ο ίδιος ο Προσφεύγων αναφέρει στην υπό κρίση προσφυγή του την 24-07-2017, επομένως εντός της προθεσμίας που έληγε την 4-8-2017.

Παραδεκτά επομένως φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 2ου Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

ΙΙΙ. ΕΝΝΟΜΟ ΣΥΜΦΕΡΟΝ ΤΟΥ ΠΡΟΣΦΕΥΓΟΝΤΟΣ ΕΙΔΙΚΩΣ ΕΠΙ ΤΟΥ ΑΙΤΗΜΑΤΟΣ ΤΟΥ ΓΙΑ ΑΝΑΣΤΟΛΗ ΕΚΤΕΛΕΣΗΣ Ή ΠΡΟΣΩΡΙΝΑ ΜΕΤΡΑ

13. 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. 4412/16), το θεσπιζόμενο με τον νόμο σύστημα παροχής προσωρινής 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 πιθανολογούμενη εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής, παράβαση των κανόνων, οι οποίοι καθορίζουν τις 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 αίτηση ασφαλιστικών μέτρων (προσωρινών μέτρων ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. πλέον, κατά την έννοια του άρθρου 15 του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016) κατά της Διακήρυξης ή των τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί βλάβη από συγκεκριμένο όρο της Διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατά την άποψή του 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 ουσιαστικά δυσχερή την συμμετοχή του στον διαγωνισμό. Τα ανωτέρω ισχύουν, και όπως στην υπό κρίση περίπτωση όταν ο Προσφέρων δεν κωλύεται να συμμετάσχει στον διαγωνισμό, αρκεί να διατυπώσει την επιφύλαξη του για τους μη νόμιμους όρους, κατά τον ίδιο, οπότε το έννομο συμφέρον του διατηρείται.

14. Στην κρινόμενη προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρεία, προσδιορίζει τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους της, κατά την έννοια που εκτέθηκε αμέσως ανωτέρω και συνεπακόλουθα θεμελιώνει καταρχήν την εκ μέρους της ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για την προσβολή συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα περιγράφει ως άμεση και ενεστώσα συγκεκριμένη βλάβη, την αδυναμία της να υποβάλει προσφορά για τους αιματολογικούς αναλυτές, οι τεχνικές προδιαγραφές των οποίων έχουν τεθεί παράνομα κατά την εκτίμησή της στους όρους της διακήρυξης, καθώς ισχυρίζεται ότι διαθέτει αυτούς που κατά την κρίση της θα έπρεπε νομίμως να ζητά η διακήρυξη, άλλως ισοδύναμους με αυτούς, αναφέρει δε και τον τρόπο με τον οποίο θα θεραπευθεί αυτή η βλάβη της, με ενδεχόμενη τροποποίηση των προσβαλλόμενων διατάξεων και, κατά συνέπεια, μπορεί να τύχει καταρχήν εκτίμησης με ποιον ακριβώς τρόπο αποκλείεται παράνομα ή δυσχεραίνεται ουσιαστικά η συμμετοχή της στον εν λόγω διαγωνισμό.

IV. ΕΠΙ ΤΩΝ ΠΡΟΒΑΛΛΟΜΕΝΩΝ ΛΟΓΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ

15. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 18 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης». Περαιτέρω, το άρθρο 53 παρ. 2 περ. ια του ίδιου Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «.....2. Τα έγγραφα της σύμβασης, πλην της προκήρυξης σύμβασης του άρθρου 63 και της προκαταρκτικής προκήρυξης του άρθρου 62 σε περίπτωση που χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης του διαγωνισμού, περιέχουν ιδίως: ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης...». Το άρθρο 54 παρ. 2 επ. προβλέπει 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 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». 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 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. 7. Ο προσφέρων αποδεικνύει στην προσφορά του, με κάθε ενδεδειγμένο μέσο, συμπεριλαμβανομένων και εκείνων που αναφέρονται στο άρθρο 56, ότι το έργο, η αγαθό ή η υπηρεσία που πληροί το πρότυπο ανταποκρίνεται στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις τις οποίες έχει ορίσει η αναθέτουσα αρχή». Οι Αναθέτουσες αρχές ελέγχουν κατά την εξέταση των τεχνικών προσφορών των διαγωνιζομένων την τήρηση των σχετικών όρων των τεχνικών προδιαγραφών και σύμφωνα με το άρθρο 91 παρ. 1 α του Ν. 4412/2016: «1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης....».

16. Επειδή, εξάλλου, στο άρθρο 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και στο άρθρο 3 παρ. 1 του Π.δ. 39/2017 ορίζεται ότι «...Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 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 του ανωτέρω νόμου ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής. Περαιτέρω, στο άρθρο 366 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «... 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 του νόμου 4412/2016 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.». Κατά την έννοια των διατάξεων αυτών και κατά τα 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), αν ο ενδιαφερόμενος ασκήσει αίτηση λήψεως προσωρινών μέτρων κατά της διακηρύξεως θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από όρο της διακηρύξεως, ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν στις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, στη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή στα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια (βλ. Ε.Α. ΣτΕ 356/2004). Εν όψει δε του γεγονότος ότι κανονιστικές ρυθμίσεις, όπως οι θεσπιζόμενοι με την διακήρυξη διαγωνισμού όροι, δεν χρήζουν, ως εκ της φύσεώς τους, αιτιολογίας (βλ. Ε.Α. ΣτΕ 918/2003, 763, 876/2004), η Διοίκηση είναι, κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακηρύξεως ως προς τα προς προμήθεια είδη, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη, απαραδέκτως δε αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό η σκοπιμότητα της θεσπίσεως επί μέρους όρων και τεχνικών προδιαγραφών. 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 τους δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, βάση δικές του εκτιμήσεις, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. ΕΑ ΣτΕ 307/2007).

17. Επειδή με τον 1^ο και 3^ο λόγους της υπό κρίση Προσφυγής απαραδέκτως η Προσφεύγουσα στρέφεται κατά προδιαγραφών 4 και 12 και συγκεκριμένα, α) κατά της προδιαγραφής 4 και ιδίως κατά της αναφοράς ... να μετρά με άμεση μέτρηση: ... εύρος κατανομής ερυθρών SD ..., παράμετρος που η πλειοψηφία των αιματολογικών αναλυτών δεν μετρούν πλέον και δεν την αναφέρουν καν στις παραμέτρους τους και με δεδομένο ότι η συγκεκριμένη παράμετρος υπολογίζεται και δεν έχει αποδεδειγμένη κλινική αξία, εμποδίζει τη συμμετοχή περισσότερων εταιριών, μεταξύ των οποίων και της Προσφεύγουσας, στο Διαγωνισμό, αιτείται δε την διαγραφή της φράσης «εύρος κατανομής ερυθρών SD» από την επίμαχη προδιαγραφή και β) κατά της προδιαγραφής 12 και ιδίως κατά της αναφοράς ... να διαθέτει γραμμικότητα για τα λευκά αιμοσφαίρια έως 400x103μL και για τα αιμοπετάλια τουλάχιστον έως 3.000x103μL..., ως ιδιαίτερα περιοριστικής και με κίνδυνο να οδηγήσει στον αποκλεισμό αναλυτών, μεταξύ άλλων και της ίδιας της

προσφεύγουσας, αιτείται δε την τροποποίηση της συγκεκριμένης προδιαγραφής ως εξής: «Να αναφερθεί η γραμμικότητα του αναλυτή για την μέτρηση των λευκών αιμοσφαιρίων και αιμοπεταλίων», διότι σύμφωνα με όσα παραπάνω αναφέρθηκαν, οι συγκεκριμένοι λόγοι με τους οποίους η Προσφεύγουσα επιχειρεί, υπό την μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβήτησης της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης, 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, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι. Και τούτο, διότι σύμφωνα με όσα αναφέρονται στη σκέψη 16 της παρούσας, η Προσφεύγουσα φαίνεται ότι επικαλείται με τρόπο γενικό και αόριστο αντίθεση των πληττόμενων όρων της διακήρυξης με τις αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης ή του υγιούς ανταγωνισμού μεταξύ των διαγωνιζομένων, ενώ απόκειται κατ' αρχήν στην ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να θεσπίσει τους όρους της διακήρυξης και τις τεχνικές προδιαγραφές των υπό προμήθεια ειδών με τέτοιο τρόπο, που κατά την κρίση της εξυπηρετεί το συμφέρον της υπηρεσίας, τηρουμένων βεβαίως των αρχών και των διατάξεων της εσωτερικής και της κοινοτικής νομοθεσίας που διέπουν τη διαδικασία αναθέσεως των δημοσίων συμβάσεων προμηθειών. Εξάλλου, αντίθεση με τη νομοθεσία μπορεί να έχουν όροι της διακήρυξης όταν π.χ. είναι ασαφείς ή αντιφατικοί μεταξύ τους, οπότε πλήττουν τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης μεταξύ των διαγωνιζομένων ή και του υγιούς ανταγωνισμού μεταξύ τους (βλ. ΣτΕ 923/2016), όταν ζητούν επιπλέον χαρακτηριστικά του προς προμήθεια προϊόντος από όσα προβλέπονται από Κανονιστικές Πράξεις Κοινοτικής Νομοθεσίας (CE), χωρίς αιτιολόγηση και χωρίς την προηγούμενη γνώμη του αρμοδίου εσωτερικού Φορέα (π.χ. ΕΟΦ) (βλ. ΣτΕ 1863/2014), όταν με σαφείς και χαρακτηριστικούς όρους προσδιορίζεται το ζητούμενο προς προμήθεια προϊόν είτε με όρους γεωγραφικής προέλευσης, χωρίς ιδιαίτερο λόγο (βλ. ΕλΣυν Μειζ 7μελ 2907/2012) είτε με άλλα χαρακτηριστικά που περιορίζουν δραματικά τον ανταγωνισμό σε σημείο που αποκλείει όλους τους πιθανούς προσφέροντες, πλην ενός «όροι φωτογραφικοί» (βλ. ΕλΣυν Μειζ 1923/2016) ή όταν έρχονται σε αντίθεση με Ευρωπαϊκά ή Εθνικά Πρότυπα ή μονογραφίες που έχουν ληφθεί υπόψη για τη σύνταξη των παραπάνω και έχουν δημοσιευθεί στην Εφημερίδα των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων. Τέτοια αντίθεση των συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης, δεν πιθανολογείται ότι υπάρχει, ακόμη και αν ήθελε θεωρηθεί ότι η Προσφεύγουσα με τρόπο ειδικό και ορισμένο διατυπώνει τους ισχυρισμούς της εν σχέσει με τις από αυτήν επικαλούμενες διατάξεις, ούτε άλλωστε και η προσφεύγουσα επικαλείται τέτοια αντίθεση.

18. Επειδή οι 2^{ος} και 4^{ος} λόγοι της υπό κρίση Προσφυγής δεν πιθανολογούνται ως βάσιμοι, γιατί δεν φαίνεται ότι οι πληττόμενοι όροι της διακήρυξης έρχονται σε αντίθεση με τη νομοθεσία, σύμφωνα με όσα αναφέρονται στην σκέψη 17 της παρούσας και, επιπλέον, γιατί: υποχρέωση της Αναθέτουσας Αρχής να ζητάει ισοδύναμη μέθοδο ή τεχνολογία ή επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις γεννάται όταν διατυπώνει τις σχετικές τεχνικές προδιαγραφές 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, σύμφωνα με τα αρ. 54 παρ. β, γ, δ και 53 παρ. 4 του Ν. 4412/2016, περίπτωση που δεν φαίνεται στην υπό κρίση υπόθεση. Πράγματι, η Αναθέτουσα Αρχή θέτει τις πληττόμενες προδιαγραφές α) την προδιαγραφή 5 και ιδίως την αναφορά ότι η μέτρηση πρέπει να πραγματοποιείται με την κατ' όγκο ανάλυση, και β) την προδιαγραφή 16 και ιδίως την αναφορά ... με την μέθοδο της κατ' όγκο ανάλυσης ..., χωρίς καμία παραπομπή σε κάποιο από τα παραπάνω Πρότυπα, ούτε και η Προσφεύγουσα επικαλείται κάτι τέτοιο, θεωρώντας, μάλιστα, ότι άλλη ισοδύναμη με αυτήν που

προδιαγράφει λειτουργική απαίτηση και κοστίζει και απαιτεί πολύ χρόνο και δεν μπορεί να εφαρμοστεί σε αιματολογικούς αναλυτές ρουτίνας νοσοκομείων (Βλ. το με αρ. πρωτ. 18172/07-08-2017 έγγραφο της Επιτροπής Σύνταξης Προδιαγραφών του Τμήματος Προμηθειών της Αναθέτουσας Αρχής). Εξάλλου, δεν επικαλείται η Προσφεύγουσα ούτε αν η προτεινόμενη από αυτήν λειτουργική απαίτηση περιγράφεται σε Ευρωπαϊκό Πρότυπο ή άλλη αναγνωρισμένη διεθνή πρακτική και ποια, ως ισοδύναμη με αυτήν που οι πληττόμενοι όροι προδιαγράφουν, ούτε για τον χρόνο που απαιτείται για την επίτευξη του ζητούμενου αποτελέσματος με την πληττόμενη προδιαγραφή σε σύγκριση με την προτεινόμενη ως ισοδύναμη από την Προσφεύγουσα, ούτε εξειδικεύει ορισμένως στοιχεία από την σχετική αγορά οικονομικών Φορέων προσφερόντων τα ζητούμενα με την διακήρυξη προϊόντα με την προτεινόμενη μέθοδο που προδιαγράφει η διακήρυξη σε σύγκριση με αυτήν που επικαλείται η Προσφεύγουσα ως «ισοδύναμη» και «κυριαρχούσα» στην αγορά, ώστε τηρουμένων και των λοιπών πιο πάνω προϋποθέσεων να πιθανολογηθεί παράβαση των όρων της Διακήρυξης προς βλάβη εκτός της Προσφέρουσας και του δημοσίου συμφέροντος, όπως αόριστα φαίνεται αυτή να επικαλείται. Σε κάθε περίπτωση, αλυσιτελώς προβάλλονται οι 2^{ος} και 4^{ος} λόγοι της υπό κρίση Προσφυγής, διότι, εφόσον, πράγματι τα προϊόντα της Προσφεύγουσας πληρούν ένα εθνικό πρότυπο από μεταφορά ενός διεθνούς προτύπου ή ένα τεχνικό πλαίσιο αναφοράς που έχει εκπονηθεί από έναν ευρωπαϊκό οργανισμό τυποποίησης και εφόσον οι εν λόγω προδιαγραφές καλύπτουν τις επιδόσεις ή τις λειτουργικές απαιτήσεις που έχει ορίσει η Αναθέτουσα Αρχή, κατά τις διατάξεις του αρ. 54 παρ. 6 του Ν. 4412/2016, η Προσφεύγουσα δύναται να υποβάλει παραδεκτή Προσφορά στον υπό κρίση διαγωνισμό.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

ΑΠΟΡΡΙΠΤΕΙ το αίτημα περί εκδόσεως πράξης αναστολής εκτέλεσης των όρων της προσβαλλόμενης διακήρυξης και ορισμού κατάλληλων προσωρινών μέτρων που σώρευσε η Προσφεύγουσα στην υπό κρίση προδικαστική προσφυγή.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 10 Αυγούστου 2017.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ ΤΟΥ 2^{ου} ΚΛΙΜΑΚΙΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ ΤΟΥ 2^{ου} ΚΛΙΜΑΚΙΟΥ

Στυλιανός Δ. Μαυρίδης

Βασιλική Μπάκου