

Αριθμός απόφασης: 1155 / 2018

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 06 Δεκεμβρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Αργυρώ Τσουλούφα και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 09.11.2018 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1181/12.11.2018 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρίας με την επωνυμία «», η οποία εδρεύει στο....., οδός, αρ. ..., νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά όρων της με αριθ. (με αριθμ. πρωτ.) Διακήρυξης για τη διενέργεια ηλεκτρονικού, ανοικτού διαγωνισμού κάτω των ορίων για την επιλογή αναδόχου υλοποίησης του Υποέργου «Προμήθεια συστημάτων τεχνητού νεφρού αιμοδιήθησης – αιμοδιαδιήθησης και on-line μεθόδων και πολυθρόνες αιμοκάθαρσης» της Πράξης «Προμήθεια Ιατροτεχνολογικού Εξοπλισμού στο», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, προϋπολογισθείσας εκτιμώμενης αξίας ύψους 202.500,00€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «», η οποία κατέθεσε την από 26.11.2018 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στο δικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) Παρέμβαση της, που εδρεύει στις, επί της, αρ. ..., νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η Προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της ανωτέρω προσβαλλόμενης Διακήρυξης κατά το μέρος που αφορά στους όρους/τεχνικές προδιαγραφές για την προμήθεια των

Αριθμός απόφασης: 1155 / 2018

Μηχανημάτων Τεχνητού Νεφρού Αιμοδιήθησης Αιμοδιαδιήθησης και ON - LINE μεθόδων και ειδικότερα τους τεθέντες όρους 5β «Το μηχάνημα θα πρέπει να δέχεται αρτηριοφλεβικές γραμμές που δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής», 22β «Να δέχεται φύσιγγα σκόνης διττανθρακικών που δεν καλύπτεται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής» και 23 «Να διενεργεί τη μέθοδο της Αιμοδιήθησης, Αιμοδιαδιήθησης με on-line παρασκευή διαλυμάτων (υποκατάστασης). Τα αναλώσιμα υλικά για την διεξαγωγή των ως άνω μεθόδων δεν θα πρέπει να καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής», συμπεριλαμβανομένου και του κριτηρίου ανάθεσης που ορίζεται στην προκείμενη διακήρυξη, οι οποίοι όροι τίθενται περιοριστικώς και καταχρηστικώς και κατά παράβαση των κανόνων περί δημοσίων συμβάσεων, όπως υποστηρίζει η προσφεύγουσα με τους λόγους Προσφυγής της.

Με την από 26.11.2018 Παρέμβαση της η παρεμβαίνουσα εταιρεία «» αιτείται την απόρριψη της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής για τους λόγους που αναφέρει στη Παρέμβαση της καθώς και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με τη με αριθ. (με αριθμ. πρωτ.) Διακήρυξη του «.....» προκηρύχθηκε ανοικτός, ηλεκτρονικός διαγωνισμός κάτω των ορίων για την επιλογή αναδόχου υλοποίησης του Υποέργου «Προμήθεια συστημάτων τεχνητού νεφρού αιμοδιήθησης – αιμοδιαδιήθησης και on-line μεθόδων και πολυθρόνες αιμοκάθαρσης» της Πράξης «Προμήθεια Ιατροτεχνολογικού Εξοπλισμού στο », με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, συνολικής προϋπολογισθείσας εκτιμώμενης αξίας ύψους 202.500,00€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, η οποία Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο

Αριθμός απόφασης: 1155 / 2018

Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με ΑΔΑΜ στις 16.10.2018 και αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 20.10.2018, όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α Η παρούσα σύμβαση υποδιαιρείται στο ΤΜΗΜΑ 1: «Προμήθεια δέκα συστημάτων τεχνητού νεφρού αιμοδιήθησης – αιμοδιαδιήθησης και on-line μεθόδων», εκτιμώμενης αξίας 153.846,15€ πλέον ΦΠΑ 17% και στο ΤΜΗΜΑ 2: «Προμήθεια πέντε Πολυθρόνων αιμοκάθαρσης», εκτιμώμενης αξίας 19.230,77€ πλέον ΦΠΑ 17%, ενώ προσφορές υποβάλλονται είτε για το σύνολο των προκηρυχθέντων είτε για ένα τμήμα του διαγωνισμού, σύμφωνα με τους όρους της επίμαχης διακήρυξης.

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό) ποσού 770,00€, το οποίο υπολογίζεται εν προκειμένω με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη άνευ ΦΠΑ της υπό ανάθεση σύμβασης και δη για το τμήμα (ΤΜΗΜΑ 1, εκτιμώμενης αξίας 153.846,15€ άνευ ΦΠΑ) για το οποίο ασκείται η παρούσα προσφυγή.

3. 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.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια) και της εκτιμώμενης προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 173.076,92€ άνευ του ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000,00€, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ (16.10.2018) σύμφωνα με τα άρθρα 61, 120, 376 και 379 - όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν - εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π. και συνεπώς παραδεκτός κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

Αριθμός απόφασης: 1155 / 2018

5. 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. σε 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», η οποία γνώση επήλθε εν προκειμένω κατά δήλωση της προσφεύγουσας στο έντυπο της Προσφυγής της, την 30.10.2018, οπότε και εκκινεί η δεκαήμερη προθεσμία για την άσκηση Προσφυγής, και η Προδικαστική Προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 09.11.2018, ήτοι εντός της ως άνω προβλεπόμενης προθεσμίας.

6. Επειδή, παραδεκτώς και στη νόμιμη προθεσμία, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 7 του Π.Δ. 39/2017 παρεμβαίνει η εταιρία «, αφού η υπό κρίση Προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στους συμμετέχοντες μέσω του δικτυακού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ την 14.11.2018, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης, η εν λόγω Παρέμβαση ασκήθηκε στις 26.11.2018, σημειωτέον δε ότι το Σάββατο και η Κυριακή αποτελούν κατά νόμο ημέρες εξαιρετές –όπως εν προκειμένω η 24^η/11/2018 ημέρα Σάββατο και η 25^η/11/2018 ημέρα Κυριακή- η παρεμβαίνουσα, δε, έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης πράξης, όπως αναφέρει στο αίτημα της παρέμβασης της ζητά να απορριφθεί η υπό κρίση προσφυγή της καθ' ης η εν λόγω παρέμβαση, με σκοπό να διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης Διακήρυξης, για τους λόγους που αναφέρει στην παρέμβαση της. Επιπροσθέτως, καίτοι δεν έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017 για την άσκηση της υπόψη

Αριθμός απόφασης: 1155 / 2018

Παρέμβασης, από την επισκόπηση του περιεχομένου του εγγράφου, προκύπτει ότι αυτή δεν απόσχει κατά το ουσιώδες μέρος της από τα προδιατυπωμένα πεδία του τυποποιημένου εντύπου, γεγονός που θεραπεύει την έλλειψη χρήσης αυτού, στο μέτρο που η χρήση του τυποποιημένου εντύπου δεν απαιτείται από το Νόμο επί ποινή απαραδέκτου (ΔΕΦ Κομοτηνής Ν39/2017, ΑΕΠΠ 47/2018, 97/2017, 404/2018).

7. Επειδή, με το υπ' αριθ. πρωτ. 18590/27.11.2018 έγγραφό της, η αναθέτουσα αρχή εκφράζει τις απόψεις της επί της εν λόγω Προσφυγής. Επέκεινα, σύμφωνα με τα άρθρα 365 παρ. 1 του Ν.4412/2016 και 9 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις Απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την Προδικαστική Προσφυγή πράξης. Στο εν λόγω έγγραφο διατυπώνει η αναθέτουσα αρχή ότι «Α) Το συμπεριέλαβε στις Τεχνικές Προδιαγραφές της διακηρύξεως τους όρους ότι α) το μηχάνημα θα πρέπει να δέχεται αρτηριοφλεβικές γραμμές που δεν θα πρέπει να καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής, β) να δέχεται φύσιγγα σκόνης διπτανθρακικών που δεν θα πρέπει να καλύπτεται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής και γ) τα αναλώσιμα υλικά για την διεξαγωγή των ανωτέρω μεθόδων δεν θα πρέπει να καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής, για λόγους Δημοσίου συμφέροντος και κατόπιν στοιχείων που ευθέως προκύπτουν από την έως σήμερα χρήση και λειτουργία των μηχανημάτων και συγκεκριμένα διότι: 1) Όπως προκύπτει από το υπ' αριθμ. πρωτ. 3927/05.03.2018 έγγραφο της οικονομικής υπηρεσίας του, οι αρτηριοβλεβικές γραμμές της προσφεύγουσας εταιρείας κοστίζουν, λόγω της καλύψεώς τους από εργοστασιακό απόρρητο 7,41€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ εκάστη, ενώ οι γραμμές που δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο, παρέχονται στοδωρεάν από τις εταιρείες που προμηθεύουν τα μηχανήματα. 2) Στη Μονάδα Τεχνητού Νεφρού του, κατά τα παρελθόντα έτη, λαμβάνουν χώρα κατά μέσο όρο 15 συνεδρίες αιμοκαθάρσεως ανά εβδομάδα, ήτοι 780 συνεδρίες ετησίως. Αυτό σημαίνει ότι χωρίς να υπάρχει διαφορά στην ποιότητα των

Αριθμός απόφασης: 1155 / 2018

παρεχομένων υπηρεσιών υγείας, η χρήση αρτηριοφλεβικών γραμμών που καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο, θα κόστιζε στοκαι κατά συνέπεια στο Ελληνικό Δημόσιο, το ποσό των 5.779,80€ ετησίως και το ποσό των 57.798,00€ στη διάρκεια της 10ετίας, η οποία χρονική διάρκεια είναι ο μέσος όρος χρήσης εκάστου μηχανήματος, σε αντίθεση με τις γραμμές που δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο, οι οποίες παρέχονται δωρεάν. Καθώς λοιπόν με τα δεδομένα των εμπορικών τιμών των μηχανημάτων, το κόστος των αναλωσίμων για την λειτουργία τους, με αναγωγή στο μέσο όρο ζωής τους, υπερκαλύπτει την εμπορική τους τιμή, χωρίς να υπάρχει καμία διαφορά στη παρεχόμενη ποιότητα υπηρεσιών υγείας, υφίσταται μείζων λόγος Δημοσίου Συμφέροντος ικανός κατά τρόπο απόλυτα σύννομο να δικαιολογήσει τον «περιορισμό» του ανταγωνισμού με την θέση της υπό κρίση τεχνικής προδιαγραφής στη διακήρυξη. Β) Η προσφεύγουσα εταιρεία ισχυρίζεται ότι οι συγκεκριμένες Τεχνικές προδιαγραφές κατά των οποίων βάλλει με την υπό κρίση προσφυγή της, δεν δικαιολογούνται τόσο από το αντικείμενο της προμήθειας, το οποίο αφορά στο μηχάνημα και όχι στα αναλώσιμα, όσο και από το κριτήριο κατακυρώσεως του διαγωνισμού. Ο συγκεκριμένος λόγος προβάλλεται, κατά την εκτίμηση της αναθέτουσας αρχής, αλυσιτελώς, καθώς είναι δίδαγμα κοινής λογικής ότι η προμήθεια μηχανήματος το οποίο λειτουργεί αποκλειστικά και μόνο με τη χρήση αναλωσίμων που παράγονται από συγκεκριμένο κατασκευαστή/εργοστάσιο και καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο, ασχέτως του γεγονότος ότι ο κάτοχος του μηχανήματος δύναται να προμηθευθεί τα αναλώσιμα από περισσότερες της μίας εμπορικές πηγές, οδηγεί εξ ανάγκης όχι απλά σε απόλυτη εξάρτηση από το συγκεκριμένο κατασκευαστή και σε αντίστοιχο πλεονάζον οικονομικό κόστος, αλλά και σε πραγματικά αθέμιτο και μη σύννομο περιορισμό του ανταγωνισμού στο πρωτογενές του επίπεδο, αυτό δηλαδή της κατασκευής, ενώ είναι αδιάφορο το ότι το δευτερογενές επίπεδο της εμπορικής διαθέσεως του προϊόντος, διαθέτει περισσότερες της μίας επιλογές. Γ) Η ίδια η προσφεύγουσα εταιρεία, στην υπό κρίση προσφυγή της, αυτοαναιρεί των ισχυρισμό περί παρανόμου «φωτογραφικής» τεχνικής

Αριθμός απόφασης: 1155 / 2018

προδιαγραφής, συνομολογούσα ότι με την θέση των κρίσιμων τεχνικών προδιαγραφών τίθενται, κατά τη κρίση της, εκτός διαγωνισμού δύο εταιρείες, ενώ πληρούν τις τεχνικές προδιαγραφές έτερες δύο. Κατά τα ανωτέρω, το εκτιμά ότι άπαντες οι λόγοι της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής τυγχάνουν νόμω και ουσία αβάσιμοι και αλυσιτελώς προβαλλόμενοι και αιτείται την καθ' ολοκληρίαν απόρριψή της. Άλλωστε, οι ισχυρισμοί της αιτούσης έχουν ήδη τόσο διοικητικά, όσο και δικαστικά, σε επίπεδο παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας, κριθεί και έχουν απορριφθεί δυνάμει 1) της υπ' αριθμ. 292/2018 αποφάσεως του 4ου κλιμακίου της ΑΕΠΠ και της υπ' αριθμ Ν120/2018 αποφάσεως του Διοικητικού Εφετείου Πειραιά».

8. Επειδή, με την υπό κρίση προσφυγή της, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά των όρων εκείνων που περιγράφουν τις τεχνικές προδιαγραφές του Τμήματος 1 του ηλεκτρονικού, ανοικτού διαγωνισμού κάτω των ορίων με αντικείμενο την «Προμήθεια Ιατροτεχνολογικού Εξοπλισμού για το» και δη των όρων αναφορικά με τη προμήθεια των συστημάτων τεχνητού νεφρού αιμοδιήθησης – αιμοδιαδιήθησης και on-line μεθόδων της υπό ανάθεση σύμβασης, ως προδιαγραφές όπου το μηχάνημα θα πρέπει να δέχεται (5β) αρτηριοφλεβικές γραμμές που δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής, (22β) φύσιγγα σκόνης διττανθρακικών που δεν καλύπτεται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής και επίσης (23) να διενεργεί τη μέθοδο της Αιμοδιήθησης, Αιμοδιαδιήθησης με on-line παρασκευή διαλυμάτων (υποκατάστασης), όπου τα αναλώσιμα υλικά για την διεξαγωγή των ως άνω μεθόδων ομοίως δεν θα πρέπει να καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής (προδιαγραφές που αναφέρονται στις σελ. 37, 38 της διακήρυξης του Παραρτήματος Ι αυτής, συγκεκριμένα οι 5 (β), 22 (β) και 23 αντιστοίχως), επικαλούμενη ότι παρανόμως και κατά παράβαση των αρχών της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της ανάπτυξης υγιούς ανταγωνισμού καθιστά η αναθέτουσα αρχή όχι απλώς δυσχερή αλλά αδύνατη τη συμμετοχή στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία όχι μόνο της ίδιας αλλά και όλων των εταιρειών που διαθέτουν μηχανήματα των οποίων τα

Αριθμός απόφασης: 1155 / 2018

αναλώσιμα προστατεύονται από το εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής ή άλλως προδιαγράφεται άμεσα ή έμμεσα το αποτέλεσμα λόγω αδυναμίας της προσφεύγουσας να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις διότι, όπως ισχυρίζεται, τα εν λόγω τεθέντα κριτήρια δεν συνδέονται με τον τρόπο εκτέλεσης της συγκεκριμένης προς ανάθεση προμήθειας και περιορίζουν την ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, αιτούμενη κατ' ακολουθίαν την ακύρωση των.

9. Επειδή, περαιτέρω η παρεμβαίνουσα επικαλείται την έλλειψη έννομου συμφέροντος της προσφεύγουσας διότι, όπως ισχυρίζεται, δεν αποκλείεται η συμμετοχή της προσφεύγουσας στη διαγωνιστική διαδικασία από τους προσβαλλόμενους όρους της διακήρυξης αλλά από την επιλογή και εμπορική της πολιτική να προσφέρει μηχάνημα «κλειστού τύπου» και επιχειρεί να προδιαγράψει κατά τις επαγγελματικές της ανάγκες και δυνατότητες τα προς προμήθεια είδη. Για τη διαπίστωση εντούτοις της συνδρομής εννόμου συμφέροντος στο πλαίσιο της κύριας διαγνωστικής δίκης και κατ' επέκταση και της κρίσης επί προδικαστικής προσφυγής, εφαρμόζονται τα γενικά κριτήρια για τη διαπίστωση της ύπαρξης του εννόμου συμφέροντος στο πρόσωπο του προσφεύγοντος, όπως έχουν διαμορφωθεί από την πάγια νομολογία των Συμβουλίου της Επικρατείας, ήτοι μεταξύ άλλων, η ύπαρξη αιτιώδους συνάφειας μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της προσβαλλόμενης βλάβης (ΣΤΕ 7μ. 1898/2016) και ο ειδικός χαρακτήρας της επικαλούμενης εκ μέρους του προσφεύγοντος βλάβης (ΣΤΕ 1995/2016, 420/2002, 3905/2004, βλ. Πυργάκη «Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», σελ. 40 επ. και απόφαση ΑΕΠΠ 93/2017). Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα, διατείνεται η παρεμβαίνουσα στο έντυπο της Παρέμβασης της, είναι αποκλειστική αντιπρόσωπος στην Ελλάδα του Οίκου [βλ. στην επίσημη ιστοσελίδα: www.....gr/content.php?id=10&lan=gr&page=History] θεμελιώνει δε το έννομο συμφέρον της περιοριστικώς στον αποκλεισμό της από το διαγωνισμό λόγω αποκλεισμού του συγκεκριμένου μηχανήματος που προτίθεται να προσφέρει, χωρίς διόλου περαιτέρω να

Αριθμός απόφασης: 1155 / 2018

επικαλείται και να αποδεικνύει ότι είναι το μοναδικό μηχάνημα που διαθέτει ο Κατασκευαστικός Οίκος, είδη του οποίου εμπορεύεται, αποκλειόμενης ούτως παντί τρόπω της συμμετοχής της [Α.Ε.Π.Π 271/2018, σκ. 34, 126/2017, σκ. 34, Α201/2018, σκ. 32, Α125/2018, σκ. 39]. Συνεπώς, είναι προφανές ότι η συμμετοχή της προσφεύγουσας εταιρίας δεν αποκλείεται ή καθίσταται δυσχερής από τους προσβαλλόμενους όρους της διακήρυξης, αλλά, κατ' αρχάς, από την επιλογή της να προσφέρει στον ένδικο διαγωνισμό μηχάνημα «κλειστού τύπου» επιχειρώντας έτσι να προδιαγράψει αυτή, κατά τις επαγγελματικές της ανάγκες και δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη [ad hoc Ε.Α.ΣΤΕ 676/2011, σκέψη 11, 1249/2010, σκέψη 9, 1025/2010, σκέψη 6 κ.ά.]. Περαιτέρω η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί «φωτογράφισης» της ίδιας (επειδή διαθέτει «ανοικτού τύπου» Μηχάνημα, όπως εντούτοις οι περισσότεροι σήμερα, πέραν της προσφεύγουσας, προμηθευτές τέτοιου είδους Μηχανημάτων Αιμοκάθαρσης, π.χ. η εταιρία με μηχανήματα του Οίκου, η με μηχανήματα του Οίκου, η εταιρία με μηχανήματα AK 96, AK 200 ULTRA S και AK 96 Self-Care του Οίκου κ.ά.) προβάλλονται προεχόντως ως αόριστοι και αναπόδεικτοι και είναι, ως εκ τούτου, απορριπτέοι. Είναι δε και αβάσιμοι, καθώς η ίδια η προσφεύγουσα συνομολογεί -στη σωρεία προσφυγών και αιτήσεων αναστολής που έχει επιδοθεί κατά διακηρύξεων άλλων Αναθετουσών Αρχών- την ύπαρξη τουλάχιστον τριών (3) εταιριών που διαθέτουν «ανοικτού τύπου» μηχανήματα. Εξάλλου, οι προβαλλόμενες, επίσης, εκτενείς αιτιάσεις της προσφεύγουσας για τον αποκλεισμό και άλλων εταιριών (που είτε αποκλείονται και από άλλες τεχνικές προδιαγραφές, όπως η, είτε δεν έχουν ασκήσει καν προσφυγή, όπως η) αλλά και γενικώς περί βλάβης του δημόσιου συμφέροντος (λόγω έλλειψης ανταγωνισμού) είναι επίσης απορριπτέες, εκτός των άλλων, ως προβαλλόμενες εκ συμφέροντος τρίτου [βλ. αντί πολλών Ε.Α ΣΤΕ 129/2007, σκ. 6, ΑΕΠΠ 176/2018, σκ. 10]. Με δεδομένο, επίσης, ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα, ότι ο διαγωνισμός αφορά σε προμήθεια Μηχανημάτων Αιμοκάθαρσης, τα οποία θα εξυπηρετούν τις ανάγκες του

Αριθμός απόφασης: 1155 / 2018

.....για τα επόμενα αρκετά χρόνια, είναι πρόδηλο ότι οι επίμαχες προδιαγραφές σκοπούν, ευλόγως, στην προμήθεια «ανοικτού τύπου» μηχανημάτων αιμοκάθαρσης και, εντεύθεν, στην πλήρη διασφάλιση της δυνατότητας του να προμηθεύεται ελεύθερα τα απαιτούμενα αναλώσιμα από οποιονδήποτε γνωστό κατασκευαστή Οίκο καθ' όλη τη διάρκεια της ζωής των Μηχανημάτων, ούτως ώστε η συνεχής και απρόσκοπτη λειτουργία τους να μην παρεμποδίζεται από το τυχόν υψηλό κόστος ή ακόμη και από τη μη ύπαρξη (ή μη διαθεσιμότητα) αναλωσίμων συγκεκριμένου Κατασκευαστή στο μέλλον. Πολλώ δε μάλλον όταν έχει νομολογιακά κριθεί ότι, ακόμη και στην περίπτωση της διενέργειας διαγωνισμού με το σύστημα της «τιμής ανά εξέταση» του άρθρου 7 παρ. 1 του Ν. 2955/2001 (σύστημα που είναι το ενδεδειγμένο για την περίπτωση της διάθεσης «κλειστού τύπου» μηχανημάτων), είναι νόμιμη η απαίτηση για προμήθεια μόνον «ανοικτού τύπου» μηχανημάτων, εφ' όσον η Αναθέτουσα Αρχή επιθυμεί -προς κάλυψη των αναγκών της- να διασφαλίσει τη διαθεσιμότητα και την εφαρμογή επί του υπό προμήθεια μηχανήματος αναλωσίμων, τα οποία προέρχονται από διαφορετικούς Οίκους [ad hoc Ε.Α ΣτΕ 409/2006, σκέψη 7].

10. Επειδή, με την με αριθμ. Α513/2018 Απόφαση της ΑΕΠΠ ανεστάλη η περαιτέρω πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με τη με αριθμ. (με αριθμ. πρωτ.) Διακήρυξη του «.....» του ανοικτού, ηλεκτρονικού διαγωνισμού κάτω των ορίων για την επιλογή αναδόχου υλοποίησης του Υποέργου «Προμήθεια συστημάτων τεχνητού νεφρού αιμοδιήθησης – αιμοδιαδιήθησης και on-line μεθόδων και πολυθρόνες αιμοκάθαρσης» της Πράξης «Προμήθεια Ιατροτεχνολογικού Εξοπλισμού στο «.....», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, συνολικής προϋπολογισθείσας εκτιμώμενης δαπάνης 202.500,00€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, μέχρι την έκδοση της παρούσας απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής. Επέκεινα κατά την έκδοση της ως άνω Απόφασης Αναστολής, δεν είχε κατατεθεί η ήδη

Αριθμός απόφασης: 1155 / 2018

ασκηθείσα Παρέμβαση (βλ. σκ. 6) ούτε είχαν σταλεί οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής επί της εν λόγω Προσφυγής (βλ. σκ. 7)

11. Επειδή, η προσφεύγουσα στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι η ίδια συνιστά εταιρία που δραστηριοποιείται στην εμπορία προϊόντων όμοιων/συναφών με αυτό της υπόψη σύμβασης, έχοντας αναλάβει την εκτέλεση πολλών σχετικών δημόσιων διαγωνισμών, με αποτέλεσμα να έχει ενεργό ενδιαφέρον για την υποβολή προσφοράς στον υπόψη διαγωνισμό, όπως και δικαίωμα συμμετοχής σε αυτόν, δικαίωμα το οποίο κωλύεται αν όχι εξαλείφεται εκ των ως άνω προσβαλλόμενων όρων. Επέκεινα όπως διατυπώνεται και στην ως άνω Απόφαση αναστολής (σκ. 12), στην ειδικότερη περίπτωση που ο αιτών τελικώς μετάσχει στον διαγωνισμό με επιφύλαξη και είτε προσβάλλει με την αίτηση ασφαλιστικών μέτρων συγκεκριμένο όρο της διακηρύξεως, προβάλλοντας ότι ο όρος αυτός είναι παράνομος διότι τον αποκλείει ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό, είτε προσάπτει στην διακήρυξη πλημμέλεια η οποία, ομοίως, κατά τους ισχυρισμούς του, τον αποκλείει ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό, έχει έννομο συμφέρον για προσβολή του εν λόγω όρου ή για την προβολή της εν λόγω πλημμέλειας, μόνον εφόσον προβάλλει ειδικούς ισχυρισμούς ότι, παρά το γεγονός ότι υπέβαλε προσφορά στον διαγωνισμό, ενδέχεται να υποστεί ζημία από τον ανωτέρω όρο ή την ανωτέρω πλημμέλεια της διακηρύξεως (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 148/2016, σκ. 10, 124/2015 σκ. 7, 16/2015 σκ. 6, 718/2012 σκ. 4, 616/2012 σκ.5).

12. Επειδή, εν προκειμένω και επί της παρούσης από την επισκόπηση των στοιχείων της υπόθεσης προκύπτει ότι, η προσφεύγουσα έχει υποβάλλει την με αριθμ. συστήματος προσφορά της στο δικτυακό τόπο του υπόψη διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, καταθέτοντας την πλειοψηφία των δικαιολογητικών συμμετοχής της την 09/11/2018 (ημερομηνία κατάθεσης και της Προσφυγής της) και κάποιων άλλων απαιτούμενων - μεταξύ των οποίων τη τεχνική προσφορά συστήματος και το φύλλο

Αριθμός απόφασης: 1155 / 2018

συμμόρφωσης της- την 12/11/2018, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 13/11/2018.

13. Επειδή, η προσφεύγουσα με την κατάθεση της ως άνω προσφοράς της συνυπέβαλε και υπεύθυνη δήλωση της διευθύνουσας συμβούλου και νομίμου εκπροσώπου της εταιρείας όπου διατυπώνεται επιφύλαξη και δηλώνει πιο συγκεκριμένα ότι: «Η προσφορά της εταιρείας μας, συντάχθηκε σύμφωνα με τους όρους και τις Τεχνικές Προδιαγραφές της παρούσας διακήρυξης, των οποίων έλαβε γνώση και αποδέχεται, με επιφύλαξη ως προς εκείνους για τους οποίους έχουμε ήδη ασκήσει τα δικαιώματά μας, που απορρέουν από τα όσα έχουμε προβάλει και αιτηθεί νομίμως με την από 09/11/2018 προσφυγή μας κατ' άρθρ. 360 επ. του Ν. 4412/2016 (ώρα υποβολής στο ΕΣΗΔΗΣ), ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών».

14. Επειδή, στο κατατεθέν από τη συμμετέχουσα και ήδη προσφεύγουσα εταιρεία φύλλο συμμόρφωσης (βλ. σκ. 12) και για τις επίμαχες τεχνικές προδιαγραφές δηλώνει ειδικότερα, για τη «5β) Το μηχάνημα θα πρέπει να δέχεται αρτηριοφλεβικές γραμμές που δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής» καταφατική απάντηση στην απαίτηση, διευκρινίζοντας ότι: «Εκτός από τα φίλτρα αιμοκάθαρσης του κατασκευαστικού οίκου δύναται να χρησιμοποιήσει φίλτρα όλων των γνωστών τύπων και εργοστασίων, τα οποία συνοδεύονται από αρτηριοφλεβικές γραμμές» και παραπέμπει στην επισυναπτόμενη Α) Τεχνική Περιγραφή σελίδα: 3 και ομοίως στην επισυναπτόμενη Β) Δήλωση του κατασκευαστικού οίκου στην οποία δηλώνεται η χρήση φίλτρων τα οποία παρασκευάζονται από άλλες εταιρείες. Για τη «22β) Να δέχεται φύσιγγα σκόνης διττανθρακικών που δεν καλύπτεται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής» δίδει ομοίως καταφατική απάντηση στην απαίτηση στο ως άνω φύλλο συμμόρφωσης, διευκρινίζοντας ότι: «.... Β) Δέχονται φύσιγγα σκόνης διττανθρακικών. Η φύσιγγα διττανθρακικού νατρίου διαθέτει εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής, διατίθεται δε στην ελληνική αγορά από τρεις διαφορετικούς προμηθευτές» και παραπέμπει αντιστοίχως στην Παράγραφο 3.1.8 - Σελίδα

Αριθμός απόφασης: 1155 / 2018

3.16, Παράγραφο 4.1.4- Σελίδα 4-9 έως 4-13 και Παράγραφο 12.12 - Σελίδα 12-16 του εγχειριδίου λειτουργίας καθώς και στο Έγγραφο του Κατασκευαστικού Οίκου περί φύσιγγας. Για την 23 τεχνική προδιαγραφή «Να διενεργεί τη μέθοδο της Αιμοδιήθησης, Αιμοδιαδιήθησης, με on-line παρασκευή διαλυμάτων (υποκατάστασης και αιμοκάθαρσης). Τα αναλώσιμα υλικά για την διεξαγωγή των ως άνω μεθόδων δεν θα πρέπει να καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής» δίδει ομοίως καταφατική απάντηση στην ως άνω απαίτηση, διευκρινίζοντας συναφώς ότι: «Τα προσφερόμενα μηχανήματα τεχνητού νεφρού διενεργούν τη μέθοδο της On-line Αιμοδιήθησης Αιμοδιαδιήθησης με on line παρασκευή διαλυμάτων (υποκατάστασης και αιμοκάθαρσης). Τα μηχανήματα του οίκου παρέχουν την δυνατότητα στον χρήστη να παράγει διάλυμα υποκατάστασης, πάνω από 100lt (μέγ.144lt), κατά τη διάρκεια της συνεδρίας αιμοκάθαρσης. Η ενδεδειγμένη ποσότητα διαλύματος υποκατάστασης 20-30lt ανά ασθενή, επιτυγχάνεται με πολύ χαμηλότερο κόστος, σε σχέση με την κλασική μέθοδο με χρήση ζυγών και σάκων υποκατάστασης. Η μέθοδος On - line Haemodiafiltration, χρησιμοποιείται σε όλο τον κόσμο την τελευταία πενταετία, έχει δε αντικαταστήσει πλήρως την παλαιά μέθοδο με χρήση σάκων, λόγω του χαμηλού κόστους. Επίσης τα φίλτρα που χρησιμοποιούνται για τη μέθοδο ON LINE δεν είναι αναλώσιμα, αλλά υλικά πολλαπλών χρήσεων, διότι αντικαθίστανται κάθε δώδεκα εβδομάδες ή 100 θεραπείες μειώνοντας ακόμα περισσότερο το κόστος θεραπείας. Επίσης έχουν τη δυνατότητα παραγωγής διαλύματος για την προετοιμασία (απαέρωση φίλτρου και γραμμών πριν την έναρξη της αιμοκάθαρσης καθώς και το ξέπλυμα τους πριν την αποσύνδεση στο τέλος της θεραπείας. Σε κάθε χρονική στιγμή της θεραπείας παρέχεται στο χρήστη η δυνατότητα έγχυσης ορού. Τα ανωτέρω φίλτρα είναι πατενταρισμένα αλλά διατίθενται στην ελληνική αγορά και από άλλους προμηθευτές σε αντίθεση με μηχανήματα του ανταγωνισμού τα οποία δεν διαθέτουν πατέντα αλλά προσφέρονται αποκλειστικώς από την προμηθεύτρια εταιρεία» και παραπέμπει στη Παράγραφο 4.8.14 -Σελίδα 4-141, Παράγραφο

Αριθμός απόφασης: 1155 / 2018

12.11 - Σελίδα 12-13 και Παράγραφο 2.5 - Σελίδα 2-4 του εγχειριδίου λειτουργίας.

15. Επειδή, όπως προβλέπεται με τη διάταξη του άρθρου 18 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». Προς τούτο άλλωστε, κατά πάγια νομολογία γίνεται δεκτό ότι, ακόμα κι αν η αναθέτουσα αρχή είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση της σύμβασης, καθορίζοντας τους όρους, τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, με αποτέλεσμα η θέσπιση με την διακήρυξη των όρων και προδιαγραφών που η αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της να μη συνιστά παράβαση των κανόνων ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιαδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν των διαγωνιζομένων, των οποίων οι υπηρεσίες δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές (ΣΤΕ Ε.Α. 9/2015, 354/2014, 1140/2010 κ.ά.), οι επίμαχες προδιαγραφές και οι όροι της διακήρυξης πρέπει να ελέγχονται από της απόψεως της τηρήσεως της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (ΣΤΕ Ε.Α. 9/2015, 354/2014, 257/2010 κ.ά.).

16. Επειδή, η προσφεύγουσα με την προδικαστική προσφυγή της προβάλλει ότι οι ως άνω τεχνικές προδιαγραφές (βλ. σκ. 8) αποκλείουν εκ προοιμίου τη συμμετοχή εταιρειών των οποίων τα αναλώσιμα προστατεύονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής και νοθεύουν τον ανταγωνισμό κατά παράβαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας, του ελεύθερου ανταγωνισμού και της αναλογικότητας με συνέπεια να καθίσταται ουσιαδώς δυσχερής άλλως αδύνατη η συμμετοχή της με αξιώσεις

Αριθμός απόφασης: 1155 / 2018

κατακύρωσης στον εν λόγω διαγωνισμό, υποστηρίζοντας περαιτέρω ότι οι προδιαγραφές αυτές «φωτογραφίζουν» την εταιρεία, που διαθέτει το συγκεκριμένο τύπο μηχανήματος, λειτουργώντας ούτως οι επίμαχες τούτες προδιαγραφές ως αδικαιολόγητα ανταγωνιστικά εμπόδια. Εν προκειμένω ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι η αναθέτουσα αρχή προβαίνει ανατιολόγητα σε υπέρμετρο περιορισμό του ανταγωνισμού στην αγορά των μηχανημάτων του τεχνητού νεφρού, χωρίς αυτό να δικαιολογείται από κάποιο λόγο δημοσίου συμφέροντος και χωρίς να είναι αναγκαίο για την κατά προορισμό χρήση του υπό προμήθεια προϊόντος ούτε επίσης να συνδέεται ο περιορισμός αυτός με το εν γένει αντικείμενο της σύμβασης.

17. Επειδή, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της προσβαλλόμενης πράξης με την υπό κρίση Προσφυγή, επικαλούμενη αντίστοιχου περιεχομένου λόγους με τους λόγους που προέβαλε με προηγούμενη Προσφυγή της (τη με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 204/28.02.2018 Προδικαστική Προσφυγή κατά όρων της υπ' αριθ. διακήρυξης του «»), καθώς και με την Αίτηση Αναστολή που άσκησε επί της απόφασης της Α.Ε.Π.Π. που εκδόθηκε επί της Προσφυγής αυτής (αριθ. 292/2018 Α.Ε.Π.Π.) και οι οποίοι λόγοι στρέφονται κατ' ουσίαν κατά συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης και ανάγονται στη δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να θεσπίζει όρους που να μην επιτρέπουν την προσφορά ειδών που καλύπτονται από το εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής. Επέκεινα η ασκηθείσα αίτηση αναστολής (ΑΝ98/26.04.2018) κατά της ανωτέρω απόφασης της Α.Ε.Π.Π. και της διακήρυξης, υπ' αριθ. 5/2018, ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Πειραιά, απερρίφθη με την υπ' αριθ. Ν120/2018 απόφαση του ανωτέρω Δικαστηρίου (Τμήμα Α1' Ακυρωτικός Σχηματισμός).

18. Επειδή, η προσφεύγουσα επαναλαμβάνει τους λόγους της αναφερόμενης στην προηγούμενη σκέψη προδικαστικής προσφυγής, για παράβαση των αρχών της διαφάνειας, του ελεύθερου ανταγωνισμού και της ισότητας των διαγωνιζομένων καθώς και του ειδικού ενωσιακού και ημεδαπού κανονιστικού πλαισίου για την οριοθέτηση των τεχνικών προδιαγραφών.

Αριθμός απόφασης: 1155 / 2018

Ειδικότερα, ισχυρίζεται ότι οι επίμαχοι όροι δεν αποτελούν τεχνικά χαρακτηριστικά των ζητούμενων προϊόντων, αλλά νομικούς περιορισμούς που οδηγούν σε αποκλεισμό οικονομικών φορέων, και εν προκειμένω της ίδιας, καθώς και σε παράνομη ολιγοπωλιακή κατάσταση, αφού μόνο συγκεκριμένοι υποψήφιοι δύνανται να υποβάλουν προσφορά που να πληροί τους περιορισμούς αυτούς. Εντούτοις, οι επίμαχοι όροι, ήτοι ότι τα συγκεκριμένα μηχανήματα θα πρέπει α) να δέχονται αρτηριοφλεβικές γραμμές που δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής, β) να δέχονται φύσιγγα σκόνης διπτανθρακικών που δεν καλύπτεται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής και γ) να διενεργούν τη μέθοδο της αιμοδιήθησης, αιμοδιαδιήθησης με on-line παρασκευή διαλυμάτων (υποκατάστασης), κατά τη διεξαγωγή της οποίας τα αναλώσιμα υλικά δεν θα πρέπει να καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής, δεν φαίνεται να αντίκεινται στις ανωτέρω αρχές, ενόψει του αντικειμένου της προμήθειας και των αιτιολογημένων διαπιστώσεων της αναθέτουσας αρχής, ότι με τον τρόπο αυτό εξασφαλίζεται η χαμηλότερη τιμή προμήθειας των συγκεκριμένων αναλώσιμων υλικών και η μη επιβάρυνση του προϋπολογισμού του (βλ. σκ. 7). Τα ανωτέρω δεν αναιρούνται, εξάλλου, από το γεγονός ότι για την προμήθεια των φίλτρων αιμοκάθαρσης έχουν καθορισθεί ανώτατες τιμές με την υπ' αριθ. 8130/30.12.2003 (ΦΕΚ Β 1952) Υπουργική Απόφαση, όπως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, δοθέντος ότι η αναθέτουσα αρχή προέβη στις εκτιμήσεις της με βάση το ως άνω πλαίσιο καθορισμού των τιμών. Κατά συνέπεια, οι προβαλλόμενοι λόγοι κρίνονται απορριπτέοι ως απaráδεκτοι, καθώς με αυτούς η συμμετέχουσα και ήδη προσφεύγουσα προσπαθεί να προσδιορίσει τα τεχνικά χαρακτηριστικά των μηχανημάτων με βάση τις δικές της ανάγκες και δικά της κριτήρια, διαφορετικά από αυτά που η Διοίκηση, κατ' εκτίμηση των αναγκών της Υπηρεσίας, προσδιόρισε ως αναγκαία (πρβλ. ΕπΑνΣτΕ 303/2007, 977/2006). Ο ειδικότερος δε ισχυρισμός ότι με τους επίμαχους όρους ευνοείται η παρεμβαίνουσα, είναι απορριπτέος, διότι το γεγονός και μόνο της ταυτίσεως των πληττόμενων τεχνικών χαρακτηριστικών με ορισμένα προϊόντα, δεν αρκεί

Αριθμός απόφασης: 1155 / 2018

για να θεωρηθεί ότι οι σχετικές προβλέψεις είναι φωτογραφικές (βλ. ΣΤΕ 1140/2010, 1024, 1025/2010, 836/2010). Περαιτέρω, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, ότι οι επίμαχες τεχνικές προδιαγραφές παραβιάζουν την κοινοτική νομοθεσία, διότι τα προσφερόμενα από αυτήν μηχανήματα οδηγούνται σε αποκλεισμό, αν και διαθέτουν σήμανση πιστότητας CE, δεν κρίνεται ως βάσιμος, διότι η πιστοποίηση ποιότητας δεν αναιρεί το ενδεχόμενο κάθε πιστοποιημένο μηχάνημα να έχει διαφορετικές δυνατότητες που μπορούν να εξυπηρετήσουν διαφορετικές ανάγκες της αναθέτουσας αρχής (πρβλ. ΕπΑνΣΤΕ 1115/2008, 390/2008).

19. Επειδή, περαιτέρω, όλες οι προδιαγραφές – συνεπώς και οι πληττόμενοι όροι της διακήρυξης - περιορίζουν από τη φύση τους τον κύκλο των προσώπων που μπορούν να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό και δεν αντίκεινται, εξ αυτού και μόνο του λόγου, στους κανόνες του ανταγωνισμού, εφόσον δεν παραβιάζονται οι αρχές της ίσης μεταχείρισης, της απαγόρευσης διακρίσεων και της αναλογικότητας (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 123/2016, 153/2004 κ.ά.). Παράβαση, ωστόσο, των ανωτέρω αρχών δεν φαίνεται να συντρέχει εν προκειμένω, αφενός διότι οι πληττόμενοι όροι αφορούν τα «κλειστού τύπου» συστήματα τεχνητού νεφρού όλων αδιακρίτως των κατασκευαστικών οίκων, αφετέρου, διότι οι επίμαχες προδιαγραφές παρίστανται εύλογες, αναγκαίες και πρόσφορες, ώστε να επιτευχθεί ο σκοπός για τον οποίο τέθηκαν, δηλαδή να μην εξαρτάται η λειτουργία των υπό προμήθεια ειδών από αναλώσιμα με εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής, γεγονός που θα οδηγούσε, μεταξύ άλλων, σε σημαντική παρακώλυση του ανταγωνισμού, κατά πρώτον γιατί θα επέτρεπε στον κατασκευαστή να επιτυγχάνει το τίμημα που επιθυμεί, ακόμα και εντός των ορίων τιμών που ήθελε καθορίσει η Διοίκηση, κατά δεύτερον, γιατί θα απέκλειε την αγορά αναλωσίμων των υπόλοιπων κατασκευαστών, τα οποία θα έχαναν ούτως μεγάλο μέρος της αξίας τους. Επομένως, οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί κρίνονται απορριπτέοι ως αβάσιμοι, επιπλέον, δε, και ως απαράδεκτοι κατά το μέρος που με αυτούς η προσφεύγουσα αμφισβητεί τη σκοπιμότητα των επίμαχων προδιαγραφών και προσπαθεί να προσδιορίσει, βάσει των δικών της κριτηρίων και αναγκών, τα τεχνικά χαρακτηριστικά των

Αριθμός απόφασης: 1155 / 2018

υπό προμήθεια ειδών, τα οποία (τεχνικά χαρακτηριστικά) η Αναθέτουσα Αρχή έχει τη διακριτική ευχέρεια να καθορίσει κατόπιν εκτίμησης των αναγκών του (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 616/2012 κ.ά.).

20. Επειδή, λόγω της αυτοτέλειας κάθε διαγωνιστικής διαδικασίας (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 200/2015 κ.ά.), κρίνεται ως αλυσιτελής ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί επίκλησης όσων έλαβαν χώρα και έγιναν δεκτά σε άλλους διαγωνισμούς. Τέλος, παρά τα αντιθέτως προβαλλόμενα από την προσφεύγουσα, η ταύτιση των πληττόμενων όρων με τα τεχνικά χαρακτηριστικά του συστήματος τεχνητού νεφρού που προσφέρει η παρεμβαίνουσα και οι λοιπές κατονομαζόμενες εταιρείες δεν αρκεί για να θεωρηθούν ως «φωτογραφικοί» (πρβλ. Ε.Α. ΣΤΕ 676/2011, 1140/2010 κ.ά.), η δε πιστοποίηση ποιότητας CE δεν αναιρεί το ενδεχόμενο κάθε πιστοποιημένο μηχάνημα να έχει διαφορετικές ιδιότητες που μπορούν να εξυπηρετήσουν διαφορετικές ανάγκες του (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 1115/2008, 390/2008).

21. Επειδή, εντούτοις και επιπλέον της αρχής της αυτοτέλειας της κάθε διαγωνιστικής διαδικασίας, την οποία η προσφεύγουσα επικαλείται, στην προκείμενη προσφυγή η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι οι τυχόν πρόσθετες προδιαγραφές δεν δύνανται να οδηγούν στην εκ προοιμίου απόρριψη των προϊόντων της και για ένα επιπλέον λόγο και συγκεκριμένα ότι στη περίπτωση που ήθελε υποτεθεί ότι το ζήτημα του κόστους των αναλωσίμων που φέρουν εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής είναι το κρίσιμο για την εισαγωγή των επίμαχων περιορισμών, τότε η εκτίμηση αυτή του κόστους έπρεπε να λάβει χώρα σύμφωνα με τις πάγιες επιταγές της ευρωπαϊκής και εθνικής νομολογίας μέσω διαγωνιστικής διαδικασίας με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής. Ενόψει των ανωτέρω, υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι νομολογιακώς γίνεται παγίως δεκτό ότι δεν επιτρέπεται η εισαγωγή σε διακηρύξεις που αποσκοπούν στην προμήθεια ιατροτεχνολογικών προϊόντων, ιδίως όταν το κριτήριο αναθέσεως είναι αποκλειστικά βάσει της χαμηλότερης τιμής, τεχνικών προδιαγραφών, οι

Αριθμός απόφασης: 1155 / 2018

οποίες αποκλείουν ιατροτεχνολογικά προϊόντα τα οποία φέρουν τη σήμανση CE (ενδεικτικώς ΕΑ 113/2008, 139/2011, ΣΤΕ 1654/2011, 491/2012). Κατ' ακολουθίαν, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι εάν τελικά οι ως άνω περιορισμοί και προσβαλλόμενες προδιαγραφές ερείδονται στη δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να προβεί σε σύγκριση του κόστους θεραπείας ή ακόμα και των αναλωσίμων των μηχανημάτων στον ένδικο διαγωνισμό και τούτο αποτέλεσε το λόγο επιλογής των όρων αυτών της Διακήρυξης, τότε με βάση τα παραπάνω το κριτήριο για την κατακύρωση των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού όφειλε να είναι αυτό της συμφερότερης προσφοράς ήτοι της πλέον συμφέρουσας προσφοράς βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής και δη με βαθμολογία ως προς το κόστος αναλωσίμων και εν γένει τα έξοδα λειτουργίας των μηχανημάτων χωρίς την εισαγωγή των προσβαλλομένων όρων.

22. Επειδή, βάσει των όσων έγιναν δεκτά στη σκ. 18 της παρούσας, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, ότι δεν επιτρέπεται η εισαγωγή σε διακηρύξεις που αποσκοπούν στην προμήθεια ιατροτεχνολογικών προϊόντων ιδίως όταν το κριτήριο αναθέσεως είναι αποκλειστικά βάσει της χαμηλότερης τιμής τεχνικών προδιαγραφών, οι οποίες αποκλείουν ιατροτεχνολογικά προϊόντα τα οποία φέρουν τη σήμανση CE, προβάλλεται αβασίμως, αφού δεδομένου ότι η πιστοποίηση ποιότητας CE δεν αναιρεί το ενδεχόμενο κάθε πιστοποιημένο μηχάνημα να έχει διαφορετικές δυνατότητες που μπορούν να εξυπηρετήσουν διαφορετικές ανάγκες της αναθέτουσας αρχής (βλ. ΕπΑνΣΤΕ 1115/2008, 390/2008) συνεπάγεται ότι οι επίμαχες τεχνικές προδιαγραφές δεν παραβιάζουν την κοινοτική νομοθεσία, διότι τα προσφερόμενα από τη προσφεύγουσα μηχανήματα δεν οδηγούνται σε αποκλεισμό, αν και διαθέτουν σήμανση CE ή επειδή διαθέτουν πιστοποίηση ποιότητας CE όπως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα αλλά αντιθέτως σε αυτό το πλαίσιο –των πιστοποιημένων προϊόντων κατά CE- η αναθέτουσα αρχή προσδιορίζει τις ανάγκες της μέσω σαφών και εξειδικευμένων όρων/ τεχνικών προδιαγραφών, βασιζόμενη στο συμφέρον της και δη στο δημόσιο

Αριθμός απόφασης: 1155 / 2018

συμφέρον που εξυπηρετείται εν προκειμένω από την προμήθεια των αναγκαίων ειδών στη χαμηλότερη προσφερόμενη τιμή.

23. Επειδή, από το οικείο νομοθετικό πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων συνάγεται ότι το σύστημα της χαμηλότερης προσφοράς προϋποθέτει, λογικώς, προσφερόμενα είδη, τα οποία είναι από άποψη τεχνικών χαρακτηριστικών, ιδιοτήτων και ποιότητας καταρχήν ισοδύναμα και τα οποία, ως εκ τούτου, διαφοροποιούνται ουσιαστικά μόνον ως προς την προσφερόμενη τιμή. Στην περίπτωση αυτή, η χρησιμοποίηση από τη Διοίκηση ως κριτηρίου επιλογής μόνο της χαμηλότερης τιμής έχει την έννοια της επιλογής του οικονομικότερου μεταξύ των προσφερόμενων παρεμφερών προϊόντων, ευνοεί κατ' ακολουθίαν τον ανταγωνισμό, λόγω του ότι επιτρέπει τη συμμετοχή περισσότερων προμηθευτών, αποβαίνει δε επωφελής για τη Διοίκηση, εφόσον οδηγεί αναγκάτως σε συμπίεση των τιμών εκ μέρους των υποψήφιων προμηθευτών. Αντιθέτως, το σύστημα της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς προσιδιάζει σε διαγωνισμούς όπου τα προσφερόμενα είδη διαφοροποιούνται κατά το μάλλον ή ήττον ουσιωδώς από απόψεως ποιότητας και τιμής, για το λόγο δε αυτό, προκειμένου να βρεθεί η πλέον συμφέρουσα προσφορά, δικαιολογείται η στάθμιση κατά την αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών και ποιοτικών κριτηρίων (βλ. ΣΤΕ 2183/2004 επταμ., ΕΑ του ΣΤΕ 709/2011, 114/2008). Ο ισχυρισμός συνεπώς της προσφεύγουσας ότι το κριτήριο της χαμηλότερης τιμής που επιβάλλεται με την προσβαλλόμενη διακήρυξη αντιβαίνει στις αρχές του υγιούς ανταγωνισμού και της προστασίας του δημοσίου συμφέροντος και της δημόσιας υγείας, κρίνεται ως αβάσιμος, καθόσον ο εν λόγω διαγωνισμός αφορά σε ιατροτεχνολογικό εξοπλισμό με τις προδιαγραφές και τους όρους που ορίζονται από την προσβαλλόμενη διακήρυξη και, όπως συνομολογεί και η ίδια η προσφεύγουσα, τα προϊόντα που θα προσφερθούν από τους συμμετέχοντες στο διαγωνισμό προμηθευτές, είναι ουσιωδώς όμοια, διαφέρουν, δε, μόνον ως προς τον τρόπο εφαρμογής τους και, ως εκ τούτου, νομίμως επιβάλλεται ως κριτήριο κατακύρωσης η χαμηλότερη τιμή προσφοράς (βλ. ενδεικτικά ΔιοικΕφΑθ Ασφ 885/2012)

Αριθμός απόφασης: 1155 / 2018

24. Επειδή, επιπλέον των όσων αναφέρονται στη σκ. 17 της παρούσας, επί του ιδίου ζητήματος και προβαλλόμενων λόγων κατά διακήρυξης Αναθέτουσας Αρχής έχουν εκδοθεί, μεταξύ άλλων, η 636 και 696/2018 απορριπτικές αποφάσεις της ΑΕΠΠ ως και η πρόσφατη 1154/2018 επί της με ΓΑΚ – ΑΕΠΠ 1180/12.11.2018 Προδικαστικής Προσφυγής της εταιρείας «» για τη προκείμενη σύμβαση.

25. Επειδή, κατά τα ως άνω δεδομένα, η υπό εξέταση Προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί, καθώς οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας κατά των επίμαχων όρων της υπόψη διακήρυξης κρίνονται ως αβάσιμοι.

26. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό) ποσού 770,00€ θα πρέπει να καταπέσει, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη στις 06 Δεκεμβρίου 2018 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 24 Δεκεμβρίου 2018.

Η Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Αλέξανδρος Γρυπάρης

Αριθμός απόφασης: 1155 / 2018