

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)
8ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 11 Δεκεμβρίου 2018 με την εξής σύνθεση:
Χρήστος Σώκος Πρόεδρος και Εισηγητής, Ιωάννης Κίτσος, Ιωάννα Θεμελή, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 07.11.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 1170/08-11-2018 της προσφεύγουσας εταιρείας με την επωνυμία «», με έδρα στην, θέση, όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του «.....» (εφεξής αναθέτουσα αρχή), που εδρεύει στην, οδός αριθ., και εκπροσωπείται νόμιμα, και της με αριθ. Διακήρυξης Δημόσιου Διαγωνισμού με Ανοικτή Ηλεκτρονική Διαδικασία για την προμήθεια Ιατρικών Αερίων και Υγρού Οξυγόνου (CPV 24111000-5) για ένα έτος και έως εξαντλήσεως των ποσοτήτων.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη Διακήρυξη με αριθμό, άλλως να συμπληρωθούν οι Τεχνικές Προδιαγραφές αυτής, ώστε να προβλέπεται ότι ο προμηθευτής θα πληρώνει τις φιάλες του οξυγόνου εφόσον μεταξύ άλλων συμφωνούν οι εν λόγω φιάλες με την άδειά του, είναι δηλαδή του ιδίου ή παρόμοιου τύπου (μέγεθος, κατασκευαστής κλπ) και σε διαφορετική περίπτωση ο προμηθευτής θα πληρώνει με ιατρικό αέριο-φάρμακο τις φιάλες ιδιοκτησίας του, ο τύπος των οποίων περιλαμβάνεται στην άδεια κυκλοφορίας του και θα τις παραχωρεί στο Νοσοκομείο έναντι μισθώματος.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ύψους 1.394,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό, αποδεικτικό ηλεκτρονικής πληρωμής στην ΤΡΑΠΕΖΑ της

Αριθμός απόφασης: 1174/2018

05.11.2018, και εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο». Ειδικότερα, η προσφυγή αφορά στην προμήθεια Ιατρικών Αερίων και Υγρού Οξυγόνου (CPV 24111000-5) για ένα έτος και έως εξαντλήσεως των ποσοτήτων με προϋπολογισθείσα δαπάνη 278.779,02 ευρώ πλέον ΦΠΑ και συνεπώς έχει καταβληθεί το κατά νόμο ποσό παραβόλου.

2. Επειδή με την με αριθ. διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε «1. Διεθνής Ανοικτός Ηλεκτρονικός Διαγωνισμός για την προμήθεια "ΙΑΤΡΙΚΩΝ ΑΕΡΙΩΝ ΚΑΙ ΥΓΡΟΥ ΟΞΥΓΟΝΟΥ (CPV 24111000-5)", όπως αναφέρονται στο Αναλυτικό Τεύχος Διακήρυξης και αποτελεί αναπόσπαστο μέρος αυτής, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής στο πλαίσιο εκτέλεσης του ΠΠΥΥ Ο συνολικός προϋπολογισμός της προμήθειας ανέρχεται στο ποσό των διακοσίων εβδομήντα οκτώ χιλιάδων και επτακοσίων εβδομήντα εννέα ευρώ και δύο λεπτών (278.779,02 €) πλέον Φ.Π.Α. ήτοι τριακοσίων σαράντα πέντε χιλιάδων εξακοσίων ογδόντα πέντε ευρώ και ενενήντα οκτώ λεπτών (345.685,98 €) συμπεριλαμβανομένου του αναλογούντος ΦΠΑ. Η δαπάνη θα βαρύνει τις πιστώσεις του τακτικού προϋπολογισμού του Νοσοκομείου. 3. Η διάρκεια της ανάθεσης ορίζεται σε ένα (1) έτος από την υπογραφή της σύμβασης κι έως εξάντλησης των συμβατικών ποσοτήτων. 4. Ο διαγωνισμός θα πραγματοποιηθεί με χρήση της πλατφόρμας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) μέσω της διαδικτυακής πύλης www.promitheus.gov.gr του συστήματος, ύστερα από προθεσμία τουλάχιστον τριάντα (30) ημερών, από την ημερομηνία αποστολής της προς δημοσίευση στην Ευρωπαϊκή Ένωση, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα Άρθρα 27 και 65 του Ν. 4412/2016....»

3. Επειδή η ως άνω προκήρυξη απεστάλη για δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα Ευρωπαϊκής Ένωσης την 24.10.2018 και έλαβε αριθ. 2018/S 206-469698, το δε πλήρες κείμενο αυτής δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 24.10.2018 και έλαβε ΑΔΑΜ και αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ όπου ο διαγωνισμός έλαβε τον αριθμό Συστήματος

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ως εκ του αντικείμενου του και της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθ. 345 του ν. 4412/2016, και επομένως παραδεκτά έχει ασκηθεί η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ.

Αριθμός απόφασης: 1174/2018

5. Επειδή η προσφυγή έχει ασκηθεί νόμιμα και εμπρόθεσμα, με ανάρτηση την 07.11.2018 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 24.10.2018 και β) ότι η κρινόμενη προσφυγή ασκήθηκε με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου, και γ) ότι κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου την 08.11.2018, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361, τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή την 13.11.2018 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη στο άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017 κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής με ανάρτηση στην κεντρική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

7. Επειδή η προσφυγή, νόμιμα και παραδεκτά εισάγεται ενώπιον του 8^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346, παρ. 1, 360, 361 παρ. 1 περ. (γ) δεύτερο εδάφιο, 362 παρ. 1 και 2, 363, και 366 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 παρ. 1, 4 παρ. 1 περ. γ) δεύτερο εδ., 5, 8 παρ. 1, 2 και 3, και 15 του ΠΔ 39/2017 και κατόπιν της με αριθ. 1531/2018 πράξης του Προέδρου του 8^{ου} Κλιμακίου, αντίστοιχα «περί ορισμού εξέτασης της προσφυγής και εισηγητή».

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με την άσκηση της προσφυγής, στρέφεται κατά όρου της διακήρυξης που αφορά σε τεχνική προδιαγραφή των προς προμήθεια φιαλών οξυγόνου και λοιπών αερίων ιατρικής χρήσης, η οποία κατά τους ισχυρισμούς της παρά τον νόμο καλεί τον προμηθευτή ανάδοχο στον όρο 1.6 του Παραρτήματος ΙΙ- Προκηρυσσόμενα είδη/Υπηρεσίες και Τεχνικές Προδιαγραφές τους, στη σελ. 39 της προκήρυξης, μεταξύ άλλων να ελέγχει τις προς αναγόμωση κενές φιάλες ιδιοκτησίας του νοσοκομείου προκειμένου να διαπιστώσει την καταλληλότητά τους σύμφωνα με την ΥΑ 14165/Φ17.4/373/28.7.93 παραλείποντας να θέσει επιπλέον και την προϋπόθεση για την αναγόμωσή τους την οποία υπαγορεύει η ισχύουσα νομοθεσία περί φαρμάκου.

9. Επειδή στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το

Αριθμός απόφασης: 1174/2018

άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».

10. Επειδή, στον όρο 1.6 του παραρτήματος II της διακήρυξης προβλέπεται ότι «Όλες οι φιάλες, είτε είναι ιδιοκτησίας του Νοσοκομείου, είτε του Προμηθευτή, θα πρέπει να υπόκεινται σε έλεγχο πριν την εμφιάλωσή τους, προκειμένου να διαπιστώνεται η καταλληλότητά τους σύμφωνα με την ΥΑ14165/Φ17.4/373/28.7.93 (Παράρτημα 15), όπως αυτή τροποποιήθηκε και συμπληρώθηκε και θα βρίσκονται εντός των χρονικών ορίων της ισχύος του ελέγχου. Στις περιπτώσεις αυτές θα πραγματοποιούνται οι εξής εργασίες: • Έλεγχος υδραυλικής δοκιμής • Αντικατάσταση κλείστρου • Αντικατάσταση πώματος φιάλης • Χρωματισμός φιάλης με το κατάλληλο κωδικό χρώμα όπως προβλέπεται από τον ΕΛΟΤ Οι φιάλες ιδιοκτησίας του Νοσοκομείου θα πρέπει να υπόκεινται κάθε φορά σε έλεγχο παραλαβής πριν την εμφιάλωσή τους, προκειμένου να διαπιστωθεί η καταλληλότητά τους. Στις περιπτώσεις που απαιτείται, ο Προμηθευτής θα ενημερώνει εγγράφως το Νοσοκομείο προκειμένου να εγκριθεί η εκτέλεση των απαιτούμενων εργασιών συντήρησης που περιγράφονται παραπάνω. Η χρέωση της υδραυλικής δοκιμής, της αντικατάστασης των κλείστρων καθώς και της βαφής των φιαλών βαρύνει το Νοσοκομείο μόνο για την περίπτωση φιαλών ιδιοκτησίας του. Στις λοιπές περιπτώσεις βαρύνει τον Προμηθευτή. Ο Προμηθευτής θα διαθέτει εξοπλισμό για υδραυλικές δοκιμές φιαλών αντοχής 300 bar και θα προσκομισθεί το αντίστοιχο πιστοποιητικό. Εναλλακτικά - και εφόσον ο Προμηθευτής δε διαθέτει τον ανωτέρω εξοπλισμό - δύναται να εκτελεί τις ανωτέρω υδραυλικές δοκιμές μέσω εταιρείας που θα διαθέτει τον απαιτούμενο εξοπλισμό και την πιστοποίηση δηλώνοντας το στην προσφορά του και προσκομίζοντας το αντίστοιχο πιστοποιητικό της εταιρείας».

11. Επειδή, στον μόνο λόγο της υπό εξέταση προσφυγής, η προσφεύγουσα αναφέρει ότι «Λάβαμε γνώση της υπ' αριθμ. διακήρυξης διεθνούς ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού στις 05.11.2018 (εφεξής Προκήρυξη). Εν τούτοις η Προκήρυξη είναι παράνομη γιατί παρόλον ότι με αυτή σκοπείται η προμήθεια του Γενικού " " με οξυγόνο και άλλα αέρια ιατρικής χρήσης τα οποία έχουν την ιδιότητα του φαρμάκου και ορθώς ζητείται μάλιστα επί ποινή απόρριψης υπό αρ. 3, σημείο 11, σελ 48 της διακήρυξης, η προσκόμιση από τους προσφέροντες της άδειας κυκλοφορίας του ΕΟΦ σύμφωνα με τις διατάξεις της ΥΑ Δ.ΥΓ3α/Γ.Π. 32221 ΦΕΚ Β/1049/29.04.2013 , εντούτοις οι τεχνικές

προδιαγραφές δε συμφωνούν με την ισχύουσα νομοθεσία περί φαρμάκων για τον κάτωθι περιγραφόμενο λόγο : Ο προμηθευτής ανάδοχος στον όρο 1.6 του Παραρτήματος II- Προκηρυσσόμενα είδη/Υπηρεσίες και Τεχνικές Προδιαγραφές τους, στη σελ 39 της προκήρυξης, καλείται μεταξύ άλλων να ελέγχει τις προς αναγόμωση κενές φιάλες ιδιοκτησίας του νοσοκομείου προκειμένου να διαπιστώσει την καταλληλότητα τους σύμφωνα με την ΥΑ 14165/Φ17.4/373/28.7.93 παραλείποντας να θέσει επιπλέον και την ακόλουθη προϋπόθεση για την αναγόμωσή τους την οποία υπαγορεύει η ισχύουσα νομοθεσία περί φαρμάκου περί "Καθορισμού των Κατευθυντήριων Γραμμών της Ε.Ε σχετικά με τις Αρχές και τους Κανόνες Καλής Παραγωγής για τα φάρμακα και τα δοκιμαζόμενα φάρμακα ανθρώπινης χρήσης", όπως τροποποιήθηκε, ορίζεται ότι "ο περιέκτης είναι ένα κρυογενικό δοχείο (δεξαμενή, βυτίο ή κάθε άλλος τύπος φορητού κρυογενικού δοχείου), κύλινδρος, συστοιχία κυλίνδρων ή κάθε άλλο είδος συσκευασίας που έρχεται σε άμεση επαφή με το ιατρικό αέριο. Στο σημείο 24 μάλιστα της ως άνω απόφασης ορίζεται ότι "Κύλινδροι, φορητά κρυογενικά δοχεία και βαλβίδες, θα πρέπει να συμφωνούν με τις κατάλληλες τεχνικές προδιαγραφές και τις σχετικές απαιτήσεις της άδειας κυκλοφορίας", ενώ στο σημείο 32 της ίδια απόφασης ορίζεται ότι " Κύλινδροι που έχουν επιστραφεί για επαναπλήρωση θα πρέπει να προετοιμάζονται με προσοχή ώστε να ελαχιστοποιούνται οι κίνδυνοι της επιμόλυνσης, σύμφωνα με τις διαδικασίες που καθορίζονται από την Άδεια Κυκλοφορίας." Από τα ως άνω προκύπτει ότι στην άδεια κυκλοφορίας των ιατρικών αερίων που εμπíπτουν στην έννοια των φαρμάκων, εμπεριέχονται και οι περιέκτες τους(φιάλες κλπ) - αδειοδοτούνται στην ουσία και οι τύποι (μέγεθος, κατασκευαστής φιάλης κλπ) οι οποίοι εμπεριέχονται στην άδεια κυκλοφορίας των εν λόγω ιατρικών αερίων, με αποτέλεσμα ο ανάδοχος προμηθευτής να μπορεί σε συμμόρφωση με την ισχύουσα νομοθεσία και την άδεια κυκλοφορίας του, να αναγομώνει μόνο τις φιάλες ιδιοκτησίας του νοσοκομείου , αν είναι ίδιου ή συμβατού τύπου με αυτές που περιέχονται στην άδεια κυκλοφορίας του. Για τους ανωτέρω περιγραφόμενους λόγους, οι όροι της διακήρυξης θα πρέπει να τροποποιηθούν προκειμένου να προβλέπεται ότι ο προμηθευτής θα πληρώνει τις φιάλες του νοσοκομείου εφόσον μεταξύ άλλων συμφωνούν οι εν λόγω φιάλες με την άδειά του, είναι δηλαδή του ίδιου ή παρόμοιου τύπου (μέγεθος, κατασκευαστής κλπ). Σε διαφορετική περίπτωση, ο προμηθευτής θα πληρώνει με ιατρικό αέριο - φάρμακο τις φιάλες ιδιοκτησίας του, ο τύπος των οποίων περιλαμβάνεται στην άδεια κυκλοφορίας του και θα τις παραχωρεί στο νοσοκομείο έναντι μισθώματος.»

Αριθμός απόφασης: 1174/2018

12. Επειδή στο άρθρο 367 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι : «1. Η ΑΕΠΠ αποφαίνεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της, η οποία εκδίδεται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία είκοσι (20) ημερών από την ημέρα εξέτασης της προσφυγής. 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια[...].».

13. Επειδή στο σημ. 74 του Προοιμίου της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ ορίζεται ότι: «Οι τεχνικές προδιαγραφές που καθορίζονται από τους αγοραστές του Δημοσίου πρέπει να επιτρέπουν το άνοιγμα των δημόσιων προμηθειών στον ανταγωνισμό καθώς και την επίτευξη των στόχων βιωσιμότητας. Για τον σκοπό αυτό, θα πρέπει να είναι δυνατή η υποβολή προσφορών που αντικατοπτρίζουν την ποικιλία των προτύπων για τεχνικές λύσεις και των τεχνικών προδιαγραφών στην αγορά...Κατά συνέπεια, οι τεχνικές προδιαγραφές θα πρέπει να καταρτίζονται κατά τρόπο ώστε να αποφεύγεται ο τεχνητός περιορισμός του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που να ευνοούν έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, αντικατοπτρίζοντας βασικά χαρακτηριστικά των αγαθών, υπηρεσιών ή Έργων που παρέχονται συνήθως από τον οικονομικό φορέα αυτό. Η κατάρτιση των τεχνικών προδιαγραφών ως προς τις λειτουργικές απαιτήσεις και τις απαιτήσεις εκτέλεσης επιτρέπει εν γένει την επίτευξη του ανωτέρω στόχου με τον καλύτερο δυνατό τρόπο.....».

14. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016 « 1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασηςπεριέχουν ιδίως :α) 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,....καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης..».

15. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 54 του Ν.4412/2016 «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές .. παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. Τα χαρακτηριστικά αυτά μπορεί επίσης να αναφέρονται στη συγκεκριμένη διαδικασία ή μέθοδο παραγωγής ή παροχής των ζητούμενων έργων, αγαθών ή υπηρεσιών ή σε

ειδική διαδικασία άλλου σταδίου του κύκλου ζωής τους, ακόμη και αν οι παράγοντες αυτοί δεν αποτελούν μέρος της υλικής τους υπόστασης, υπό την προϋπόθεση ότι συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης και είναι ανάλογα με την αξία και τους σκοπούς της... 2. Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη 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» [...] 4. Οι τεχνικές προδιαγραφές, εκτός εάν δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, δεν περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που να χαρακτηρίζει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που παρέχονται από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα ούτε εμπορικού σήματος, διπλώματος ευρεσιτεχνίας, τύπων ή συγκεκριμένης καταγωγής ή παραγωγής που θα είχε ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή ορισμένα προϊόντα ...».

16. Επειδή η παρ. 1 του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον

Αριθμός απόφασης: 1174/2018

τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων».

17. Επειδή, σύμφωνα με την παρ. 1, περ. α) του άρθ. 91 «Λόγοι απόρριψης προσφορών» του ν. 4412/2016 «1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και την αξιολόγηση των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) Η οποία αποκλίνει από τάρθρα 92 έως 100,ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα τη σύμβασης. »

18. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές με βάση τις ανάγκες και την σκοπιμότητα χρήση του, η δε θέσπιση με την διακήρυξη των προδιαγραφών, που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν τινών διαγωνιζομένων, των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από την φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους εν γένει απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό. Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από της απόψεως της τηρήσεως της τήρησης του εγχώριου κι ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣΤΕ. 9/2015 (ΑΣΦ), Ε.Α. 415/2014, 354/2014, 257/2010, Ε.Α. 3719/2011, 676, 214/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 303/2007, 977/2006).

19. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η

Αριθμός απόφασης: 1174/2018

δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (Ολ ΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

20. Επειδή οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (ΣΤΕ 743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *SiacConstructionLtd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

21. Επειδή σε συνέχεια των ως άνω σύμφωνα με το Ελεγκτικό Συνέδριο λόγω της εφαρμοζόμενης στους δημόσιους διαγωνισμούς αρχής της τυπικότητας, όλες οι διατάξεις της Διακήρυξης καθιερώνουν ουσιώδεις όρους με εξαίρεση εκείνες για τις οποίες προκύπτει το αντίθετο, με συνέπεια, ελλείψει αντίθετης ρητής διάταξης, τυχόν παραβίαση διατάξεων που αφορούν τον τρόπο υποβολής των προσφορών των διαγωνιζομένων συνεπάγεται το απαράδεκτο αυτών (Ελ. Συν. VI Τμήμα, Αποφ. 24995, 1949/2009. Πρ. 115, 10/2008, 222/2005, Ζ' Κλιμάκιο, Πρ. 116/2012, 1177/2009).

22. Επειδή, όπως αναφέρεται ρητώς στο άρθρο 18 του ν. 4412/2016 και παγίως έχει κριθεί από τη νομολογία (ΕΑ ΣΤΕ Β' Τμήμα 1135/2010), οι όροι διακήρυξης διαγωνισμού για την ανάθεση σύμβασης δημόσιας προμήθειας πρέπει να μην παραβιάζουν τις θεμελιώδεις αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των επιχειρηματιών (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, *Επιτροπή κατά CASSucchidiFrutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, *Επιτροπή κατά Δανίας*, C-243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, C-

Αριθμός απόφασης: 1174/2018

87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, *SIACConstruction*, C-19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, *Μηχανική*, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, *MTHOjgaardkai Züblin*, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, *Universale-Bau*, C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, *SAGELVSlovenskok.λπ.*, C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

23. Επειδή σύμφωνα με το άρθρ. 362 παρ. 1 ν. 4412/2016 « *Η προδικαστική προσφυγή περιέχει τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της*». Και σύμφωνα με το άρθρ. 8 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 «*Η προδικαστική προσφυγή περιέχει όλες ανεξαιρέτα τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της (άρθρο 362 παρ. 1 εδ. γ' ν. 4412/2016)*».

24. Επειδή κατά την έννοια του ενωσιακού δικαίου (βλ. σχετικά άρθρο 6 ΕΣΔΑ) ως ερμηνεύεται από το ΕΔΔΑ, η έννοια του «θιγόμενου» ταυτίζεται με το άτομο που βλάπτεται άμεσα από την αμφισβητούμενη πράξη ή παράλειψη (βλ. Johnston και 18.12.1986, Prager και Oberschlick, 26.4.1995).

25. Επειδή, κατά τα παγίως γινόμενα δεκτά, κατά την έννοια των διατάξεων του ν. 3886/2010, οι οποίες δεν έχουν μεταβληθεί εν προκειμένω με το παρόν νομοθετικό πλαίσιο (ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο σύστημα παροχής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την εκ μέρους του αναθέτοντος φορέως παράβαση των κανόνων οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της διακήρυξης ή τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί βλάβη από όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατά την άποψή του τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να

Αριθμός απόφασης: 1174/2018

αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή του στον διαγωνισμό (ΕΑ ΣΤΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β΄ έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756, ΣΤΕ ΕΑ 16, 9/2015, 415/2014, 314/2013, 616, 472, 434/2012, 182/2011 κ.α). Με βάση τα ως άνω, σε περίπτωση που κάποιος προτίθεται να στραφεί κατά όρων διακήρυξης, θεωρώντας ότι παραβάσεις του νόμου την καθιστούν πλημμελή, θα πρέπει να επικαλεσθεί και να αποδείξει τη συγκεκριμένη ζημία που υφίσταται από τον όρο τον οποίο θεωρεί μη νόμιμο και όχι σύμφωνο με τη νομοθεσία που διέπει τους διαγωνισμούς των δημοσίων συμβάσεων.

26. Επειδή, κατά τη θεωρία και νομολογία το έννομο συμφέρον θα πρέπει να είναι και άμεσο από την άποψη ότι το προβαλλόμενο προσωπικό συμφέρον πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με το πρόσωπο του προσφεύγοντος, χωρίς να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, και ενεστώς, δηλαδή να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό (Π. Δαγτόγλου, *Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο*, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014). Πρέπει, επομένως, να υπάρχει συρροή των κάτωθι : α) η προσβαλλόμενη πράξη να έχει προκαλέσει βλάβη, υλική ή ηθική, ή να είναι βέβαιο ότι θα προκαλέσει βλάβη και β) να υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της προβαλλόμενης βλάβης (ΣΤΕ 7μ. 1898/2016), ήτοι μια ειδική έννομη σχέση του προσφεύγοντα με την προσβαλλόμενη πράξη (Σπ. Βλαχόπουλος, *Όψεις της δικαστικής προστασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας – το παράδειγμα του ν. 2522/1997 για τα δημόσια έργα*, 1998, σελ 199, Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, 2017, σελ. 745 επ.), άλλως να την υφίσταται υπό συγκεκριμένη ιδιότητα ως υποψηφίου στην οικεία διακήρυξη (ΣΤΕ 880/2016 7μ. σκ. 13, 1844/2013 7μ. σκ. 15, 2973/1989), άλλως, ως ενδιαφερομένου μεν να συμμετάσχει σ' αυτήν, αλλά αποκλεισμένου δυνάμει ρήτρας της προκηρύξεως (ΣΤΕ 4606/2012, 1982-1985, 1987/2011) και δεν αρκεί το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για την σύννομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΣΤΕ 4391/2011 7μ., 2446/1992 7μ.). Περαιτέρω, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι και ενεστώς, ήτοι η βλάβη που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο να έχει ήδη επέλθει ή να είναι βέβαιο ότι θα επέλθει κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής (ΣΤΕ 1442/97 ΔΔικ 1997/1136) και να υφίσταται σωρευτικά τόσο κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης, όσο και κατά την άσκηση της προσφυγής και την εξέταση αυτής (παρ. ενδεικτικά ΣΤΕ 956/95 ΔΔικ 1995/577, ΣΤΕΟλομ. 280/96 ΔΔικ 1996/844, ΔΤΕ 416/2002λ 2239/2003, Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «*Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του*

Αριθμός απόφασης: 1174/2018

Συμβουλίου της Επικρατείας», ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σελ 846-7). Δεν νομιμοποιείται επομένως όποιος θεμελιώνει το έννομο συμφέρον του σε μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα, τα οποία δεν αποτελούν αναγκαία συνέπεια της ακύρωσης της πράξης (ΣΤΕ 1425/93 ΔΔικ 1994/831).

27. Επειδή σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής του από την αναθέτουσα αρχή, το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής ως και από τον δικαστή (βλ. ΣΤΕ2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κα). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣΤΕ 928/2004) υπό την έννοια ότι δεν δύναται το αρμόδιο όργανο να συμπληρώσει τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος καθόσον το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει ο τελευταίος (ΣΤΕ 4524/2009, 3900/2006) και μόνο προαποδεικτικώς (ΣΤΕ 1898/2016, 7μελής), ήτοι στην περίπτωση της προσφυγής με την κατάθεσή της εφόσον δεν προβλέπεται από τον ν. 4412/2016 και το οικείο κανονιστικό πλαίσιο (ΠΔ 39/2017) η συμπλήρωση της προσφυγής με υποβολή υπομνήματος.

28. Επειδή σε κάθε περίπτωση ελέγχεται αυτεπάγγελα η συνδρομή των ουσιαστικών κριτηρίων του εννόμου συμφέροντος με βάση το κατά πόσο από το έγγραφο της προσφυγής και τα στοιχεία του φακέλου αποδεικνύεται η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος. Δεν αρκεί, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για άσκηση της προσφυγής αλλά απαιτείται η προσκόμιση και μάλιστα προαποδεικτικώς – ως ισχύει και στην ακυρωτική δίκη- των απαραίτητων για την απόδειξη αυτού στοιχείων (ΣΤΕΟλομ. 4570/96, ΔΔικ 1997/673, ΣΤΕ 3664/1998, Βλαδίμηρος Δ. Μωυσίδης, «Κώδικας Διοικητικής Δικονομίας», Κατ' άρθρο ερμηνεία – νομολογία, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017). Υφίσταται, περαιτέρω, στα πλαίσια της μεν ακυρωτικής δίκης προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος, γεγονός που δεν καθιστά θεμιτή τη μεταγενέστερη προσαγωγή αποδεικτικών στοιχείων θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος (βλ. ΣΤΕ 1393/2003), στη δε διαδικασία εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής το έννομο συμφέρον θα πρέπει να προαποδεικνύεται με την άσκησή της.

29. Επειδή το έννομο συμφέρον του οικονομικού φορέα, που προσφεύγει ενώπιον της ΑΕΠΠ εξειδικεύεται αυθεντικά και αποκλειστικά από τον ίδιο, εξετάζεται δε από την τελευταία ως προς την νομιμότητά του, την απόδειξή του και τα ιδιαίτερα

χαρακτηριστικά του, που επιβάλλουν την έννομη προστασία του, ότι δεν είναι ανταγωνιστικό του δημοσίου συμφέροντος και ότι δεν είναι αποδοκιμαστέο ως ιδιοτελής (πρβλ. Δημήτριος Θ. Πυργάκης, Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 17).

30. Επειδή η βλάβη, ως βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, πρέπει να προσδιορίζεται ειδικώς (ΣτΕ 1995/2016). Οφείλει, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται τις δυσμενείς μεταβολές που επέρχονται σε βάρος του από την πράξη προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για άσκηση προσφυγής (βλ. ΣτΕ 3905/2004).

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

32. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις τις ισχυρίζεται ότι «1. Η εταιρία «» δε συμμετείχε στην Α και Β φάση της δημόσιας διαβούλευσης του σχετικού Διεθνή Ανοικτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού «ΙΑΤΡΙΚΩΝ ΑΕΡΙΩΝ ΚΑΙ ΥΓΡΟΥ ΟΞΥΓΟΝΟΥ» υπ. αρ. (ΕΣΗΔΗΣ). 2. Η εταιρία «» ελέγχει και αναγομώνει τις κενές φιάλες ιδιοκτησίας του Νοσοκομείου για χρονική περίοδο που υπερβαίνει τα δέκα (10) έτη μέχρι και σήμερα. 3. Δεν υπάρχει ενεργή σύμβαση για την προμήθεια των ιατρικών αερίων του Νοσοκομείου για χρονικό διάστημα που υπερβαίνει τα δύο (2) έτη μέχρι και σήμερα και η προμήθεια των ιατρικών αερίων του Νοσοκομείου γίνεται με εντολές μικροπρομήθειας από την εταιρία «» . 4. Στις προδιαγραφές του σχετικού Διεθνή Ανοικτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού «ΙΑΤΡΙΚΩΝ ΑΕΡΙΩΝ ΚΑΙ ΥΓΡΟΥ ΟΞΥΓΟΝΟΥ» υπ. αρ. (ΕΣΗΔΗΣ) δίνονται τα ιατρικά αέρια (οξυγόνο, πρωτοξειδίο αζώτου, διοξειδίο άνθρακα κτλ.) για τα οποία οι υποψήφιοι ανάδοχοι θα πρέπει να διαθέτουν άδεια κυκλοφορίας από τον ΕΟΦ και οι τύποι των φιαλών που χρησιμοποιούνται στο Νοσοκομείο. Επισημαίνεται ότι η λειτουργία και επάρκεια των αντίστοιχων κέντρων διανομής ιατρικών αερίων βασίζεται αποκλειστικά στις φιάλες οξυγόνου 5m³ - 7,5m³ - 10m³, στις φιάλες πρωτοξειδίου αζώτου 30kgr-37kgr και στις φιάλες διοξειδίου άνθρακα 30kgr-35kgr. Μέσω των κέντρων ιατρικών

αερίων εξασφαλίζεται η αδιάλειπτη παροχή των απαιτούμενων ιατρικών αερίων σε όλους τους κρίσιμους χώρους του Νοσοκομείου (χειρουργεία, ΜΕΘ, κλινικές κτλ.), καλύπτεται η εύρυθμη λειτουργία του Νοσοκομείου και η ασφάλεια των ασθενών».

33. Επειδή, η προσφεύγουσα ως προς τους λόγους που θεμελιώνουν το έννομο συμφέρον της για την άσκηση της προσφυγής επικαλείται ότι έχει «...προφανές έννομο συμφέρον γιατί δραστηριοποιείται στον τομέα του οξυγόνου και των ιατρικών αερίων μεταξύ των οποίων συγκαταλέγονται και τα υπό προμήθεια είδη και προτίθεται να συμμετάσχει στον προκηρυχθέντα με την Προκήρυξη Ανοικτό Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό, υποβάλει την παρούσα προδικαστική προσφυγή με την οποία ζητεί την ακύρωση άλλως την συμπλήρωση της Προκηρύξεως...».

34. Επειδή, η προσφεύγουσα με την άσκηση της προσφυγής, ενώ στρέφεται κατά όρου της διακήρυξης που αφορά σε τεχνική προδιαγραφή των προς προμήθεια φιαλών οξυγόνου και λοιπών αερίων ιατρικής χρήσης, η οποία κατά τους ισχυρισμούς της παρά τον νόμο καλεί τον προμηθευτή ανάδοχο στον όρο 1.6 του Παραρτήματος II- Προκηρυσσόμενα είδη/Υπηρεσίες και Τεχνικές Προδιαγραφές τους, στη σελ. 39 της προκήρυξης, μεταξύ άλλων να ελέγχει τις προς αναγόμωση κενές φιάλες ιδιοκτησίας του νοσοκομείου προκειμένου να διαπιστώσει την καταλληλότητά τους σύμφωνα με την ΥΑ 14165/Φ17.4/373/28.7.93 παραλείποντας να θέσει επιπλέον και την προϋπόθεση για την αναγόμωσή τους την οποία υπαγορεύει η ισχύουσα νομοθεσία περί φαρμάκου, εντούτοις σε κανένα σημείο της προσφυγής της δεν ισχυρίζεται ότι η παράλειψη αυτή εμποδίζει ή δυσχεραίνει την συμμετοχή της στον διαγωνισμό.

35. Επειδή, ειδικότερα, όσον αφορά την προσφυγή κατά όρων διακήρυξης, ο προσφεύγων πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣΤΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, «Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων», Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756). Πλην όμως σε κανένα σημείο της προσφυγής της δεν ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι ο πλησσόμενος όρος της διακήρυξης ή/και η παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να θέσει στην διακήρυξη τους συγκεκριμένους όρους που αιτείται την εμποδίζει ή δυσχεραίνει ουσιωδώς την συμμετοχή της στον διαγωνισμό και συνεπώς η υπό εξέταση προσφυγή παρίσταται

Αριθμός απόφασης: 1174/2018

ως απαραδέκτως ασκηθείσα. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης, χωρίς να επικαλείται οποιαδήποτε βλάβη της, και χωρίς να αμφισβητεί συγκεκριμένα την νομιμότητα του πλησσομένου με την προσφυγή της όρου, αλλά αμφισβητώντας την νομιμότητα της διακήρυξης εν γένει. Όμως με το περιεχόμενο τούτο και αληθές υποτιθέμενο, η υπό εξέταση προσφυγή παρίσταται απαράδεκτη ως ασκηθείσα χωρίς έννομο συμφέρον, διότι η προσφεύγουσα δεν επικαλείται λόγους που να θεμελιώνουν το –κατά την έννοια του νόμου-έννομο συμφέρον της και ίδια διότι **I)** Δεν επικαλείται παράνομη βλάβη εις βάρος της από τον προσβαλλόμενο όρο της διακήρυξης, καθώς δεν ισχυρίζεται ότι ο προσβαλλόμενος όρος κατά παράβαση του νόμου την αποκλείει από την συμμετοχή στον διαγωνισμό ούτε ότι κατέστησε ουσιωδώς δυσχερή την υποβολή προσφοράς εκ μέρους της, και ίδια δεν ισχυρίζεται ότι ο προσβαλλόμενος όρος εν γένει ή ειδικά παραβιάζει, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια (πρβλ. Ε.Α. ΣΤΕ επί αιτ. ασφαλ. μετρ. 676, 182, 2/2011, 1140, 961, 842, 346/2010, 1354, 1305, 1046, 1015, 574/2009, 617/2007, ΔΕΦΑΘ 1537/2014). **II)** Ούτε επικαλείται ότι ο όρος του οποίου αιτείται την προσθήκη στην διακήρυξη παραλήφθηκε, ενώ αντίθετα συγκεκριμένη διάταξη νόμου επιβάλλει την συμπερίληψή του στην διακήρυξη. Συνεπώς, όσο τυχόν σοβαροί και αν αξιολογηθούν ότι είναι οι ιστορούμενοι στην προσφυγή νομικοί ισχυρισμοί ότι ο ανάδοχος στον όρο 1.6 του Παραρτήματος II- Προκηρυσσόμενα είδη/Υπηρεσίες και Τεχνικές Προδιαγραφές τους, στη σελ 39 της προκήρυξης, καλείται μεταξύ άλλων να ελέγχει τις προς αναγόμωση κενές φιάλες ιδιοκτησίας του νοσοκομείου προκειμένου να διαπιστώσει την καταλληλότητα τους σύμφωνα με την ΥΑ 14165/Φ17.4/373/28.7.93 παραλείποντας να θέσει επιπλέον και την ακόλουθη προϋπόθεση για την αναγόμωσή τους την οποία υπαγορεύει η ισχύουσα νομοθεσία περί φαρμάκου περί "Καθορισμού των Κατευθυντήριων Γραμμών της Ε.Ε σχετικά με τις Αρχές και τους Κανόνες Καλής Παραγωγής για τα φάρμακα και τα δοκιμαζόμενα φάρμακα ανθρώπινης χρήσης", η προσφεύγουσα, όμως, εφόσον δεν προκύπτει από την προσφυγή συγκεκριμένη υποκειμενική ήτοι προσωπική και άμεση βλάβη που υφίσταται ή θέλει μετά βεβαιότητας υποστεί από τον πλησσομένο όρο δεν θεμελιώνεται έννομο συμφέρον προς άσκηση της προσφυγής. Σε κάθε δε περίπτωση είναι απορριπτέο το αίτημα για ακύρωση εν όλω της διακήρυξης ως αντιφατικό, αόριστο και ανυποστήρικτο δεδομένου ότι η προσφεύγουσα ισχυρίζεται

πως προτίθεται να συμμετάσχει στον επίμαχο διαγωνισμό του οποίου όμως αιτείται την ακύρωση, ενώ συγχρόνως δεν προκύπτει με ποιόν τρόπο η διακήρυξη και η διεξαγωγή του διαγωνισμού βλάπτει τα έννομα συμφέροντα της προσφεύγουσας. Επομένως, η υπό κρίση προσφυγή παρίσταται अपαραδέκτη, ως άνευ εννόμου συμφέροντος άνευ βλάβης και αορίστως ασκηθείσα, διότι η προσφεύγουσα δεν ισχυρίζεται ούτε αποδεικνύει ότι ο πλησσόμενος και η διακήρυξη εν γένει καθιστούν αδύνατη ή ουσιωδώς δυσχερή την δική της συμμετοχή της στον διαγωνισμό ούτε ότι ετέθησαν ή/και παραλήφθηκαν αντιστοίχως κατά παράβαση συγκεκριμένου νόμου.

36. Επειδή στο άρθρο 367 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι : *«1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της, η οποία εκδίδεται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία είκοσι (20) ημερών από την ημέρα εξέτασης της προσφυγής. 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια[...]*». Επομένως, το αίτημα της υπό εξέταση προσφυγής σχετικά με την τροποποίηση όρου της διακήρυξης ασκείται απαράδεκτως καθόσον σε κάθε περίπτωση εκφεύγει της κανονιστικής αρμοδιότητας της ΑΕΠΠ να αποφασίσει η ίδια η ΑΕΠΠ καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής τα ως άνω απαράδεκτως αιτούμενα. Ειδικότερα, παρότι λόγω της φύσης της προδικαστικής προσφυγής που εντάσσεται στο πλαίσιο των ενδικοφανών προσφυγών, θα ήταν δυνατή η κατ' ουσίαν επανεξέταση της υπόθεσης, δηλαδή η νέα έρευνα και η διαφορετική εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών (ΣΤΕ 2971/1989), όμως η ΑΕΠΠ, ειδικά σύμφωνα με τον νόμο ως άνω, διαθέτει μόνο ακυρωτική εξουσία και αρμοδιότητα, σε αντίθεση με τον γενικό κανόνα των προδικαστικών προσφυγών όπου το αρμόδιο όργανο προς το οποίο ασκείται μπορεί να ακυρώσει εν όλω ή εν μέρει την πράξη ή να την τροποποιήσει για λόγους ουσίας (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Νομική Βιβλιοθήκη, Τόμος 1, 15^η Έκδοση 2017, σελ. 229). Έχει δε ad hoc κριθεί (ΣΤΕ ΕΑ 54/2018) ότι η ΑΕΠΠ δεν έχει εξουσία να τροποποιήσει την προσβαλλόμενη πράξη ούτε να προβεί η ίδια στην οφειλόμενη ενέργεια, καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής (βλ. και αντίθετη άποψη σε Ι. Κίτσο, «Έννομη Προστασία κατά τη Σύναψη Δημοσίων Συμβάσεων μετά τον Ν.4412/2016

(Βιβλίο IV – Άρθρα 345επ.)», σε Υποδείγματα Διοικητικού Δικαίου (επιμ: Χ. Χρυσανθάκης), Γενικό Μέρος – Ειδικά Θέματα, Τόμος 1, Νομική Βιβλιοθήκη 2017, σελ. 235 επ.). Συνεπώς το παραπάνω αίτημα της προσφεύγουσας που κατατείνει στην μεταρρύθμιση του όρου της διακήρυξης ασκείται απαραδέκτως και τούτο διότι η ΑΕΠΠ είναι αρμόδια μόνο για την ολική ή μερική ακύρωση αυτού, η οποία δεν εξικνείται έως την τροποποίησή του.

37. Επειδή και ανεξαρτήτως των ανωτέρω, το αίτημα της προσφυγής περί συμπλήρωσης τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης, είναι απαράδεκτο και υπό την εκδοχή ότι η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της παράλειψης της αναθέτουσας αρχής όπως τους συμπεριλάβει στην διακήρυξη, διότι η παράλειψη αυτή δεν συνιστά παράλειψη οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας. Ειδικότερα, από τη γραμματική ερμηνεία της παρ. 1 του άρθ. 346 και 360 του ν.4412/2016 (σκέψη 17) και την εννοιολογικά ταυτόσημη παρ. 1 του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017, προκύπτει ότι προκειμένου να ασκηθεί παραδεκτώς από τον θιγόμενο προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ, θα πρέπει η βλαπτική πράξη της αναθέτουσας αρχής να έχει εκτελεστό χαρακτήρα ομοίως και η παράλειψη, δηλαδή, να παράγουν έννομες συνέπειες. Όσον δε αφορά στην παράλειψη θα πρέπει να παράγει έννομα αποτελέσματα παράλειψης οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας, ώστε να προσβάλλεται παραδεκτώς (πρβλ.ΣΤΕ 3230/2012) με προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ (βλ βλ. Δ. Γ. ΡΑΙΚΟΣ, Ε. Γ. ΒΛΑΧΟΥ, Ε.Κ. ΣΑΒΒΙΔΗ, *Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016 Ερμηνεία κατ' άρθρο. Σχετικές διατάξεις – Νομολογία*, Εκδ. ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2018, σελ. 1175). Ειδικότερα, η παράλειψη οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας θεμελιώνεται όταν συντρέχουν σωρευτικά, μεταξύ άλλων, οι εξής προϋποθέσεις: το διοικητικό όργανο να έχει την υποχρέωση να εκδώσει τη διοικητική πράξη (ΣΤΕ 1653/1996, 2817/1998) ή να προβεί σε συγκεκριμένη ενέργεια και να έχει παρέλθει άπρακτη η προθεσμία που καθορίζουν οι σχετικές διατάξεις για την έκδοσης της πράξης ή την εκτέλεση της ενέργειας. Όμως εν προκειμένω δεν προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή ήταν υποχρεωμένη σύμφωνα με συγκεκριμένη διάταξη νόμου να συμπληρώσει στην διακήρυξη τους αιτούμενους με την προσφυγή όρους. Συνακόλουθα είναι απαράδεκτο ως αόριστο και περαιτέρω ανυποστήρικτο και αβάσιμο το αιτητικό της προσφυγής το οποίο αφορά ακύρωση της διακήρυξης άλλως στην συμπλήρωση των τεχνικών προδιαγραφών στη διακήρυξη, και αν ακόμη ήθελε τυχόν θεωρηθεί ότι η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της ακύρωσης της παράλειψης της αναθέτουσας αρχής όπως συμπληρώσει τους αιτούμενους όρους στην διακήρυξη.

38. Επειδή και ανεξαρτήτως των ανωτέρω, σε κάθε περίπτωση είναι απορριπτικό ολόκληρο το αιτητικό της προσφυγής με το οποίο ζητείται η ακύρωση της διακήρυξης διότι ελλείπει ο όρος της διακήρυξης που προκρίνει η προσφεύγουσα και καθ' υπαγόρευση διατυπώνει, και άλλως η συμπλήρωση των συγκεκριμένων αυτών τεχνικών προδιαγραφών στην διακήρυξη, διότι ως έχει κριθεί ότι δεν μπορεί να προκύψει βλάβη του προσφεύγοντος από παράλειψη της διακήρυξης να θεσπίσει συγκεκριμένους όρους (Φ. Αρναούτογλου Η Αίτηση Ασφαλιστικών Μέτρων του ν. 3886/2010, Νομική Βιβλιοθήκη 2^η έκδ. 2013, σελ. 96 στην αρχή και εκεί αναφερόμενη ΣτΕ ΕΑ 1305/2009). Ειδικότερα, η προσφεύγουσα δεν επικαλείται βλάβη από την μη θέσπιση του όρου αυτού στις τεχνικές προδιαγραφές συνδεόμενη με τις προϋποθέσεις συμμετοχής της στον διαγωνισμό ούτε με τη διαδικασία επιλογής ή τα κριτήρια αναδείξεως της ως αναδόχου, αλλά οι ισχυρισμοί της ανάγονται στην πληρότητα της μελέτης, (ΣτΕ 1305/2009), η οποία κατ' αυτήν παραλείπει να θέσει επιπλέον και την ακόλουθη προϋπόθεση για την αναγόμωση των άνω κενών φιαλών την οποία υπαγορεύει η ισχύουσα νομοθεσία περί φαρμάκου περί "Καθορισμού των Κατευθυντήριων Γραμμών της Ε.Ε σχετικά με τις Αρχές και τους Κανόνες Καλής Παραγωγής για τα φάρμακα και τα δοκιμαζόμενα φάρμακα ανθρώπινης χρήσης". Με τον τρόπο αυτό απαραδέκτως χωρίς έννομο συμφέρον και βλάβη κατά την έννοια του νόμου πλήσσει η διακήρυξη και μάλιστα για λόγους που ανάγονται στο στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης, καθώς η προσφεύγουσα ισχυρίζεται περιστάσεις που –και αληθείς υποτιθέμενες- θέλουν τυχόν εκδηλωθεί κατά την εκτέλεση της σύμβασης, και των οποίων την ρύθμιση ζητά με τον συγκεκριμένο όρο και τις τεχνικές προδιαγραφές που αιτείται να συμπληρωθούν στην διακήρυξη. Αντιθέτως, έχει κριθεί ότι *«Οι ισχυρισμοί, όμως, αυτοί δεν αρκούν για την θεμελίωση εννόμου συμφέροντος για την άσκηση της κρινομένης αιτήσεως, αφ' ενός μεν διότι η αιτούσα εταιρεία δεν επικαλείται βλάβη από συγκεκριμένο όρο της διακηρύξεως αλλά από την, κατ' αυτήν, παράλειψη της διακηρύξεως να θεσπίσει συγκεκριμένους όρους, αφ' ετέρου δε διότι η βλάβη αυτή, δεν συνδέεται με τις προϋποθέσεις συμμετοχής της αιτούσης στον διαγωνισμό ούτε με την διαδικασία επιλογής ή τα κριτήρια αναδείξεως της ως αναδόχου, αλλά ανάγεται στο στάδιο εκτελέσεως της συμβάσεως»* (adhoc ΣτΕ 1305/2009 (ΑΣΦ), ΔΕφΑΘ 571/2012 (ΑΣΦ), ΣτΕ ΕΑ 1015/2009, 87/2000, 715/2006, ΣτΕ (ΑΣΦ) 272/2015). Συνεπώς και για τον λόγο αυτό είναι απορριπτικά η υπό εξέταση προσφυγή ως απαραδέκτως άνευ εννόμου συμφέροντος και βλάβης στρεφόμενη κατά της επίμαχης διακήρυξης.

Αριθμός απόφασης: 1174/2018

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

40. Επειδή ύστερα από την παραπάνω σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 11 Δεκεμβρίου 2018 και εκδόθηκε την 31 Δεκεμβρίου 2018 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Χρήστος Σώκος

Νικόλαος Λιακατσίδας

Αριθμός απόφασης: 1174/2018