

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (ΕΑΔΗΣΥ)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 23 Φεβρουαρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος – Εισηγήτρια και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 16.01.2022 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 74/17.01.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», που εδρεύει στην ... , οδός ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

-Κατά του ..., νόμιμα εκπροσωπούμενου.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της Διακήρυξης της Αναθέτουσας Αρχής με αριθμό Πρωτοκ. .../2022 και ειδικότερα των προδιαγραφών των ζητούμενων μεμβρανών για τα είδη 1,2,3 και 7, όπως αυτές περιλαμβάνονται στο Παράρτημα Ι με τίτλο «Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικειμένου της Σύμβασης» και στο Παράρτημα ΙΙ με τίτλο «Τεχνικές προδιαγραφές».

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο ποσού 1.115,38 ευρώ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016

και 5 πδ 39/2017 και την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, και ειδικά σύμφωνα με την αξία των Τμημάτων 1,2,3 και 7, για τα οποία ασκείται η προσφυγή με εκτιμώμενη αξία 26.180,00, 78.540,00, 57.120,00 και 61.236,00 ευρώ αντίστοιχα και 223. 076,00 ευρώ συνολικά (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ...).

2. Με τη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής, με αριθμό .../2022 προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός με αντικείμενο την ανάδειξη αναδόχου για την προμήθεια ..., με δικαίωμα παράτασης για ένα ακόμη έτος, συνολικής εκτιμώμενης αξίας συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης 669.144,99 ευρώ πλέον Φ.Π.Α. Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) και καταληκτική ημερομηνία λήξης υποβολής προσφορών η 26η.01.2023. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 21.12.2022 (ΑΔΑΜ: ...) και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α

3. Ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που το ... ασκεί ως αναθέτουσα αρχή και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016 και μάλιστα του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο αρ. 345 παρ. 1 και στο αρ. 379 παρ. 7 αυτού, όπως ισχύουν, η δε ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 16.01.2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η δε προσβαλλομένη διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 21.12.2022, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του πδ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

5. Στις 16.01.2023 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, προς όλους τους συμμετέχοντες, σύμφωνα με το άρθρο 365, παρ. 1, σημ. α' του ν. 4412/2016 και το άρ. 9, παρ. 1, σημ. α' του π.δ. 39/2017.

6. Με την Πράξη με αριθμό 127/2023 του Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία συζήτησης, κλήθηκε δε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

7. Η αναθέτουσα αρχή απέστειλε εμπρόθεσμα στις 25.01.2023 διά μέσου του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους συμμετέχοντες τις απόψεις της με αριθμό πρωτ. 1016/26.01.2023, με τις οποίες ζητά την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής.

8. Η προσφεύγουσα κατέθεσε παραδεκτά στις 30.01.2023 Υπόμνημα προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, το οποίο κοινοποιήθηκε σε όλους τους ενδιαφερόμενους στις 31.01.2023.

9. Σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του πδ 39/2017 προβλέπεται ότι: *«Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».*

10. Κατά την έννοια των ως διατάξεων των άρθρων 346 παρ. 1 και 2 και 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της σχετικής διακήρυξης,

πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση με έννομο συμφέρον, σε περίπτωση που δεν υποβάλει προσφορά εντός της προθεσμίας υποβολής της, να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από όρο της διακήρυξης ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του ανάδοχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ΕΑ 86/2018, 12-15/2018 Ολομ. - πρβλ. ΕΑ 146-148/2016 Ολομ, Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756). Περαιτέρω, το έννομο συμφέρον του για την προσβολή της διακήρυξης με αίτηση ακύρωσης διατηρείται μόνο εφ' όσον προβάλλει, με ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς, ότι η διακήρυξη περιλαμβάνει όρο, ο οποίος αποκλείει παρانونώς τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό ή καθιστά ανέφικτη ή ουσιωδώς δυσχερή την εκ μέρους του υποβολή προσφοράς ή αιτήσεως συμμετοχής (βλ. ΣτΕ 1259/2019, 4606/2012, 1987/2011). Η επίκληση δε τέτοιων ειδικών και συγκεκριμένων ισχυρισμών προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του αιτούντος απαιτείται τόσο κατά την προβολή λόγων που στρέφονται κατά συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης, όσο και κατά την προβολή λόγων που πλήττουν την εν γένει νομιμότητά της (ΣτΕ 2631/2020).

11. Περαιτέρω, η διατύπωση του αρ. 360 παρ. 1 ν. 4412/2016, δεν αναιρεί, αλλά αντιθέτως επιβεβαιώνει και ενσωματώνει την πάγια δικονομική αρχή ότι το έννομο συμφέρον για άσκηση ενδίκου βοηθήματος και στην προκειμένη περίπτωση ενδικοφανούς προσφυγής πρέπει να είναι προσωπικό, άμεσο και ενεστώς. Έτσι, η κατά την ως άνω διάταξη έννοια του «συμφέροντος» ταυτίζεται ως προς το περιεχόμενό της με την πάγια έννοια του «εννόμου συμφέροντος» στα πλαίσια της ακυρωτικής και διοικητικής δικονομίας.

12. Όπως προκύπτει από το περιεχόμενο της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα, προκειμένου να θεμελιώσει το έννομο

συμφέρον της για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής ισχυρίζεται τα εξής: «Η εταιρεία μας, αν και εμπορεύεται φίλτρα με συνθετική μεμβράνη πολυαιθερικής σουλφόνης (ή πολυαιθεροσουλφόνης) του μαλαισιανού κατασκευαστικού οίκου ..., τα οποία διαθέτουν πιστοποίηση CE και ISO εν ισχύ, δεν μπορεί να συμμετάσχει στον εν λόγω διαγωνισμό για τα προαναφερθέντα είδη δεδομένου ότι η συνθετική μεμβράνη των φίλτρων της δεν ανήκει σε κάποιον από τους εμπορικούς τύπους που, κατά τρόπο παράνομο, απαιτείται γι' αυτά, χωρίς φυσικά να δύναται να προσβάλει επιτυχώς, εκ των υστέρων, την πράξη αποκλεισμού της, αφού αυτή θα στηρίζεται στους προσβαλλόμενους με τη παρούσα όρους του διαγωνισμού. Σημειώνεται ότι ο όρος «ή ισοδύναμο» που συνοδεύει τις τεχνικές προδιαγραφές - και ασχέτως του ότι αυτές θα μπορούσαν ευχερώς να είχαν τεθεί χωρίς μνεία συγκεκριμένων τύπων και συστάσεων ώστε να απαιτείται η χρήση του συγκεκριμένου όρου ως αναπτύσσεται κατωτέρω - ουδόλως επιτρέπει την συμμετοχή της εταιρείας μας στον διαγωνισμό αφού δεν προσδιορίζονται στην διακήρυξη τα στοιχεία εκείνα βάσει των οποίων θα κριθεί ποια φίλτρα είναι ισοδύναμα εξ απόψεως χημικής σύστασης της μεμβράνης και, άρα, θα μπορεί παραδεκτως να υποβληθεί προσφορά γι' αυτά. Εξάλλου, στο Παράρτημα II της διακήρυξης τα ζητούμενα φίλτρα εξειδικεύονται έτι περαιτέρω με μνεία συγκεκριμένων συντελεστών KuF/m^2 , KoA ουρίας και συντελεστή διαβατότητας $\beta 2-M$, οι οποίοι επιτυγχάνονται επακριβώς μόνο από τους συγκεκριμένους τύπους/συστάσεις φίλτρων που ζητούνται, χωρίς να διευκρινίζεται εάν θεωρούνται «ισοδύναμα» τα φίλτρα άλλων τύπων ή χημικών συστάσεων που επιτυγχάνουν παραπλήσιες τιμές συντελεστών».

13. Κατόπιν των παραπάνω, προκύπτει ότι η προσφεύγουσα, εφόσον ασκεί δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της προς ανάθεση συμβάσης, περιλαμβάνεται, στον κύκλο των οικονομικών φορέων που θεμελιώνουν εύλογο ενδιαφέρον να μετάσχουν στον επίμαχο διαγωνισμό. Επιπλέον, δεδομένου ότι επικαλείται βλάβη της, η οποία συνίσταται στην παρεμπόδιση

της συμμετοχής της στο διαγωνισμό εκ του γεγονότος ότι αν και εμπορεύεται φίλτρα με συνθετική μεμβράνη πολυαιθερικής σουλφόνης (ή πολυαιθεροσουλφόνης) του μαλαισιανού κατασκευαστικού οίκου ..., τα οποία διαθέτουν πιστοποίηση CE και ISO εν ισχύ, δεν μπορεί να συμμετάσχει στον εν λόγω διαγωνισμό για τα ως άνω είδη δεδομένου ότι η συνθετική μεμβράνη των φίλτρων της δεν ανήκει σε κάποιον από τους εμπορικούς τύπους που απαιτείται γι' αυτά. Με δεδομένα τα παραπάνω θεμελιώνεται πλήρως το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας για την άσκηση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, καθώς επικαλείται ότι πληροί κατά τα λοιπά τις προϋποθέσεις του επίμαχου διαγωνισμού, ωστόσο η συμμετοχή της καθίσταται αδύνατη εξαιτίας των πληττομένων αδικαιολόγητα περιοριστικών όρων. Επισημαίνεται επίσης ότι για τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος και της βλάβης της προσφεύγουσας για την προσβολή όρων της Διακήρυξης αρκεί καταρχήν η επίκληση ότι ενδιαφέρεται να συμμετάσχει στον διαγωνισμό, με βάση το γεγονός ότι δραστηριοποιείται επαγγελματικά στο αντικείμενο της δημοπρατούμενης σύμβασης (βλ. και ΑΕΠΠ 7Μελής 3/2018, σκ. 10), ενώ δεν απαιτείται η επίκληση, πολύ περισσότερο η απόδειξη, πλήρωσης αναλυτικά όλων των κριτηρίων και προϋποθέσεων της διακήρυξης, απαίτηση η οποία συνδέεται με επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας και η απόδειξη της οποίας κατά το στάδιο προσβολής των όρων της διακήρυξης θα συνεπαγόταν ανυπέρβλητα εμπόδια στην επιδιωκόμενη προδικαστική προστασία.

14. Περαιτέρω, η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, καταρχήν να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο γνωρίζοντας εκ των προτέρων το ακριβές

περιεχόμενο των κριτηρίων του διαγωνισμού στα οποία καλόπιστα θα στηρίξουν την απόφασή τους εάν θα λάβουν ή όχι μέρος στη διαδικασία σύναψης της οικείας σύμβασης (βλ. την απόφαση του ΔΕΕ της 14ης Σεπτεμβρίου 2017, *Casertana Costruzioni*, C-223/16, σκέψη 34, της 14ης Ιουλίου 2016, *TNS Dimarso NV κατά Vlaams Gewest*, υποθ. C-6/15, σκέψεις 22 επ., την απόφαση του ΔΕΕ της 10ης Μαΐου 2012, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Βασιλείου των Κάτω Χωρών, υποθ. C-368/10, σκέψεις 55 επ., 62 επ. και 88). Περαιτέρω, δε, οι όροι της διακήρυξης πρέπει να καταρτίζονται με βάση τα παραπάνω, ώστε να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και με ίσους όρους έλεγχος σχετικά με την ανταπόκριση των προσφορών των υποψηφίων στα κριτήρια που διέπουν την σύμβαση αυτή (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 CAS Succhi di Frutta, 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).

15. Επίσης, η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση της σύμβασης προμήθειας, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές με βάση τις ανάγκες της και την σκοπιμότητα χρήσης των υπό προμήθεια προϊόντων, η δε θέσπιση, με την διακήρυξη, των προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιαδώς δυσχερή την συμμετοχή σε αυτόν κάποιων 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 απaráδεκτα αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει

στον διαγωνισμό. Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από την άποψη της τήρησης του εθνικού και ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας, η οποία συνίσταται στο ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτεί τα αναγκαία και κατάλληλα χαρακτηριστικά, για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό.

16. Επιπλέον, ως αντίθετοι προς τη νομοθεσία μπορεί να θεωρηθούν 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 επιπρόσθετες προδιαγραφές έναντι των προτύπων τεχνικών προδιαγραφών (ΣΤΕ 1863/2014), όταν με σαφείς και χαρακτηριστικούς όρους, προσδιορίζεται το ζητούμενο προς προμήθεια προϊόν, χωρίς ιδιαίτερο λόγο (ΕλΣυν Μειζ. 7μελ. 2907/2012), είτε με άλλα χαρακτηριστικά που περιορίζουν υπέρμετρα τον ανταγωνισμό, σε σημείο που αποκλείονται όλοι οι πιθανοί προσφέροντες, πλην ενός («όροι φωτογραφικοί») (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 της Ευρωπαϊκής Ένωσης (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 61/2018).

17. Επίσης, προβλέπεται στις παρ. 2, 3 και 4 του άρθρου 54 ν. 4412/2016 ότι: *«2. Οι τεχνικές προδιαγραφές θα πρέπει να 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 προτύπων, σε ευρωπαϊκές τεχνικές εγκρίσεις, σε κοινές τεχνικές προδιαγραφές, σε διεθνή πρότυπα, σε άλλα τεχνικά συστήματα αναφοράς που έχουν θεσπιστεί από ευρωπαϊκούς οργανισμούς τυποποίησης ή -όταν αυτά δεν υπάρχουν- σε εθνικά πρότυπα, σε εθνικές τεχνικές εγκρίσεις ή σε εθνικές τεχνικές προδιαγραφές στον τομέα του σχεδιασμού, του υπολογισμού και της εκτέλεσης των έργων και της χρησιμοποίησης των αγαθών, κάθε παραπομπή συνοδεύεται από τον όρο ή «ισοδύναμο», γ) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις κατά τα οριζόμενα στην περίπτωση α', με παραπομπή, ως τεκμήριο συμβατότητας προς τις εν λόγω επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β', δ) με παραπομπή στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' για ορισμένα χαρακτηριστικά και με παραπομπή στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις που αναφέρονται στην περίπτωση α' για ορισμένα άλλα χαρακτηριστικά. 4. Οι τεχνικές προδιαγραφές, εκτός εάν δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, δεν περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που να χαρακτηρίζει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που παρέχονται από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα ούτε εμπορικού σήματος, διπλώματος ευρεσιτεχνίας, τύπων ή συγκεκριμένης καταγωγής ή παραγωγής που θα είχε ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή ορισμένα προϊόντα. Η εν λόγω μνεία επιτρέπεται, κατ' εξαίρεση, όταν δεν είναι δυνατόν να γίνει επαρκώς προσδιορισμένη και κατανοητή περιγραφή του αντικειμένου της σύμβασης κατ' εφαρμογή της παρ. 3. Η εν λόγω μνεία συνοδεύεται από τον όρο «ή ισοδύναμο»...».

18. Με τον πρώτο προβαλλόμενο λόγο η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι οι

τεχνικές προδιαγραφές για τα ζητούμενα φίλτρα τεχνητού νεφρού, μπορούσαν να προσδιοριστούν από την αναθέτουσα αρχή χωρίς να γίνει αναφορά σε συγκεκριμένους τύπους μεμβράνης, αλλά με μνεία στις ζητούμενες κατηγορίες τους (A2, B2 κ.λ.π.), οι οποίες αποτελούν και το προσδιοριστικό στοιχείο των φίλτρων. Όπως αναλυτικά παραθέτει η προσφεύγουσα, τα φίλτρα διακρίνονται, σε 6 κατηγορίες, A1, A2, B1, B2, Γ1 και Γ2 με βάση κυρίως το συντελεστή υπερδιήθησης (Kuf), του είδους και της επιφάνειας της μεμβράνης ως εξής: Στην κατηγορία A1 υπάγονται τα φίλτρα που έχουν IN VITRO Kuf > 20 ml/mmHg/h/1.0 m², συνθετικές μεμβράνες (όπως high-flux polysulfone, polyacrylonitrile, polyethersulfone κ.α.) και επιφάνεια μεμβράνης < 1,5 m². Στην κατηγορία A2 υπάγονται τα φίλτρα που έχουν IN VITRO Kuf > 20 ml/mmHg/h/1.0 m², συνθετικές μεμβράνες (όπως high- flux polysulfone, polyacrylonitrile, polyethersulfone κ.α.) και επιφάνεια μεμβράνης > 1,5 m². Στην κατηγορία B1 υπάγονται τα φίλτρα που έχουν IN VITRO Kuf < 20 ml/mmHg/h/1.0 m², συνθετικές μεμβράνες (όπως low-flux polysulfone, PMMA, κ.α.) και επιφάνεια μεμβράνης < 1,5 m². Στην κατηγορία B2 υπάγονται τα φίλτρα που έχουν IN VITRO Kuf < 20 ml/mmHg/h/1.0 m², συνθετικές μεμβράνες (όπως low-flux polysulfone, PMMA, κ.α.) και επιφάνεια μεμβράνης > 1,5 m². Στην κατηγορία Γ1 υπάγονται τα φίλτρα κυτταρινικής μεμβράνης επεξεργασμένης ή τροποποιημένης, (όπως κουπραμμώνιο, αιμοφάνη, SMC, τριοξική κυτταρίνη, κ.α.) και επιφάνεια μεμβράνης < 1,5 m². Στην κατηγορία Γ2 υπάγονται τα φίλτρα κυτταρινικής μεμβράνης επεξεργασμένης ή τροποποιημένης, (όπως κουπραμμώνιο, αιμοφάνη, SMC, τριοξική κυτταρίνη, κ.α.) και επιφάνεια μεμβράνης > 1,5 m².

Επομένως, η αναφορά και μόνο στις κατηγορίες A2 και B2, η οποία ούτως ή άλλως περιλαμβάνεται στην διακήρυξη, θα επέτρεπε και, ταυτόχρονα, θα επαρκούσε για τον καθορισμό των ζητούμενων υλικών. Περαιτέρω, κατά τα προβαλλόμενα ο προσδιορισμός του ζητούμενου φίλτρου με μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή μεθόδου κατασκευής, έστω και συνοδευόμενη από τον όρο «ή ισοδύναμο» συνιστά ευθεία παραβίαση της

παρ. 4 του άρθρου 54 του ν. 4412/2016, για το λόγο ότι δεν ήταν ανάγκη να γίνει μνεία σε συγκεκριμένες χημικές συστάσεις και τύπους για τον καθορισμό των ζητούμενων φίλτρων, ώστε να συνοδεύονται αυτές από τον όρο «ή ισοδύναμο». Τέλος, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι χρήση του όρου «ή ισοδύναμο» είναι προσχηματική και τέθηκε για να δικαιολογήσει την αναφορά σε συγκεκριμένες χημικές συστάσεις και τύπους φίλτρων, καθώς στο Παράρτημα II της Διακήρυξης γίνεται μνεία σε πολύ συγκεκριμένες τιμές διαφόρων συντελεστών (KUF, KoA β2μ κ.λπ), οι οποίες συνδυαζόμενες με την περιγραφή του εκάστοτε φίλτρου, το ταυτοποιούν επακριβώς μη επιτρέποντας, τελικά, την προσφορά οποιουδήποτε άλλου φίλτρου άλλης συνθετικής μεμβράνης αφού αυτό δεν θα επιτυγχάνει επακριβώς τις ζητούμενες τιμές.

19. Κατά τη γνώμη που κράτησε στο Κλιμάκιο ο πρώτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής είναι απορριπτέος, για τους εξής ειδικότερους λόγους: Κατ' αρχάς, στην προκείμενη περίπτωση, ο προσδιορισμός των τεχνικών προδιαγραφών δεν γίνεται αποκλειστικά με αναφορά σε συγκεκριμένο εμπορικό σήμα. Αντίθετα, για τον προσδιορισμό των απαιτούμενων χαρακτηριστικών των υπό προμήθεια ειδών η αναθέτουσα αρχή προσδιόρισε στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ II - Τεχνικές Προδιαγραφές της Διακήρυξης επτά (7) απαιτούμενα τεχνικά χαρακτηριστικά και επιπλέον, περιέγραψε τα υπό προμήθεια είδη με αναφορά σε εμπορικό σήμα, επιτρέποντας την προμήθεια του ίδιου ή ισοδύναμου προϊόντος που θα πληροί, όμως, υποχρεωτικά, σύμφωνα με το άρθρο 2.4.3.2 της Διακήρυξης, όλες τις τεχνικές προδιαγραφές σύμφωνα με τον πίνακα συμμόρφωσης που πρέπει υποχρεωτικά να υποβληθεί. Ειδικότερα, στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ II - Τεχνικές Προδιαγραφές της Διακήρυξης θεσπίζονται τεχνικές προδιαγραφές που περιλαμβάνουν τα εξής στοιχεία: i) κατηγορία, ii) είδος μεμβράνης φίλτρου, iii) επιφάνεια μεμβράνης, iv) KUF/m2 ή συντελεστής διήθησης, v) KoA ουρίας, vi) συντελεστής διαβατότητας B2-M, και vii) είδος αποστείρωσης.

20. Η προσφεύγουσα δεν αμφισβητεί με την προδικαστική προσφυγή τη νομιμότητα κάθε μίας από τις παραπάνω τεχνικές προδιαγραφές, ήτοι τη σύνδεσή τους με το αντικείμενο της σύμβασης και την αναλογικότητά τους με τον επιδιωκόμενο σκοπό, αλλά ισχυρίζεται ότι εμποδίζεται να συμμετάσχει στον διαγωνισμό, επειδή δεν εμπορεύεται τα προϊόντα το εμπορικό σήμα των οποίων αναφέρεται στην περιγραφή των υπό προμήθεια ειδών. Όμως, η προσφεύγουσα προβάλλει τον προκείμενο λόγο, πρωτίστως απαράδεκτα λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος, αφού δεν ισχυρίζεται ότι το εμπορευόμενο από την ίδια προϊόν πληροί κατά τα λοιπά τις τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης, τη νομιμότητα των οποίων δεν αμφισβητεί αυτοτελώς, παρά μόνο προβάλλει ότι δεν εμπορεύεται τα προϊόντα με το αναφερόμενο εμπορικό σήμα.

21. Σε κάθε, όμως, περίπτωση, ο πρώτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να απορριφθεί και ως αβάσιμος. Ειδικότερα, ενόψει αφενός της προαναφερθείσας θέσπισης συγκεκριμένων τεχνικών προδιαγραφών στο Παράρτημα II της Διακήρυξης και αφετέρου της παροχής δυνατότητας προσφοράς ισοδύναμων προϊόντων, αβάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι στον διαγωνισμό μπορούν να προσφερθούν μόνο τα προϊόντα με το εμπορικό σήμα που αναφέρεται στην περιγραφή των υπό προμήθεια ειδών, καθώς επίσης και ότι δεν προσδιορίζονται στην Διακήρυξη τα στοιχεία εκείνα βάσει των οποίων θα κριθεί ποια φίλτρα είναι ισοδύναμα από άποψη χημικής σύστασης της μεμβράνης και μπορούν παραδεκτά να προσφερθούν στον διαγωνισμό.

22. Περαιτέρω, είναι απορριπτέος ο ισχυρισμός ότι τα ζητούμενα προϊόντα, δηλαδή, τα φίλτρα τεχνητού νεφρού, μπορούσαν ευχερώς να προσδιοριστούν από την Αναθέτουσα Αρχή με μόνη τη μνεία στις ζητούμενες κατηγορίες τους (A2, B2 κ.λπ). Και τούτο, διότι τα φίλτρα ταξινομούνται σε έξι (6) κατηγορίες:

A1, A2, B1, B2, Γ1 και Γ2 ανάλογα με το συντελεστή υπερδιήθησης (Kuf), το είδος και την επιφάνεια της μεμβράνης. Στην προκείμενη, όμως, περίπτωση, οι επτά (7) τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης δεν περιορίζονται στα τρία (3) χαρακτηριστικά που χρησιμοποιούνται για την κατηγοριοποίηση των φίλτρων στις έξι (6) κατηγορίες A1, A2, B1, B2, Γ1 και Γ2 και, επομένως, αβάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι οι απαιτούμενες από τη συγκεκριμένη Διακήρυξη τεχνικές προδιαγραφές μπορούσαν να προσδιοριστούν στο σύνολό τους με μνεία στις κατηγορίες αυτές.

23. Εξάλλου, όπως προαναφέρθηκε, η προσφεύγουσα δεν αμφισβητεί ότι οι τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης, στο μέτρο που δεν περιορίζονται σε αυτές που χρησιμοποιούνται για την προαναφερθείσα κατηγοριοποίηση (συντελεστή υπερδιήθησης (Kuf), είδος και επιφάνεια της μεμβράνης), δηλαδή οι τέσσερις (4) πρόσθετες τεχνικές προδιαγραφές, δεν σχετίζονται με το αντικείμενο της σύμβασης ή είναι δυσανάλογες με τον επιδιωκόμενο σκοπό, παρά μόνο προβάλλει αόριστα ότι «δεν ήταν καν ανάγκη να γίνει μνεία σε συγκεκριμένες χημικές συστάσεις και τύπους για τον καθορισμό των ζητούμενων φίλτρων». Επιπλέον, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι από τις τιμές των τεχνικών προδιαγραφών, σε συνδυασμό με την περιγραφή του εκάστοτε φίλτρου, το προϊόν ταυτοποιείται μη επιτρέποντας, τελικά, την προσφορά οποιουδήποτε άλλου φίλτρου άλλης συνθετικής μεμβράνης, είναι πρωτίστως απορριπτέος ως αναπόδεικτος, διότι η προσφεύγουσα ούτε επικαλείται, ούτε προσκομίζει οποιοδήποτε στοιχείο από το οποίο να προκύπτει ότι οι τεχνικές προδιαγραφές του Παραρτήματος II της Διακήρυξης πληρούνται μόνο από τα προϊόντα το εμπορικό σήμα των οποίων αναφέρεται στην περιγραφή των υπό προμήθεια ειδών (πάντα με τη δυνατότητα προσφοράς ισοδύναμων). Και αληθής, όμως, υποτιθέμενος ο εν λόγω ισχυρισμός, είναι επίσης απορριπτέος, δοθέντος ότι μόνη η ενδεχόμενη κάλυψη των πληττόμενων προδιαγραφών από το προϊόν ενός κατασκευαστή, δεν αρκεί για να θεωρηθεί ότι η σχετική πρόβλεψη είναι φωτογραφική (ΣΤΕ

3719/2011, ΕΑ 1024-1025/2010, 836/2010, 829, 201/2007, ΔΕφΑθ 2494/2022, ΔΕφΠειρ 464/2019). Η θέσπιση στη Διακήρυξη προδιαγραφών αναγκαίων κατά την εκτίμηση της υπηρεσίας, τις οποίες είναι ενδεχόμενο να μην πληρούν τα προϊόντα ορισμένων προμηθευτών, όπως της προσφεύγουσας, δεν παραβιάζει, αυτή και μόνη, τους κανόνες του ανταγωνισμού, αφού από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων (βλ. ανωτέρω σκ. 15). Η προσφεύγουσα, όμως, όπως προαναφέρθηκε, ουδόλως αμφισβήτησε με την προδικαστική προσφυγή ότι οι τεχνικές προδιαγραφές, τις οποίες ισχυρίζεται ότι πληρούν μόνο συγκεκριμένα προϊόντα, είναι αναγκαίες και δικαιολογημένες σε σχέση με τις ανάγκες που επιδιώκει να καλύψει η αναθέτουσα αρχή μέσω του προκείμενου διαγωνισμού (πρβλ. ΔΕφΑθ 2494/2022, ΔΕφΑθ 1246/2021, σκ. 9) και, επομένως, ο περί φωτογραφικού χαρακτήρα ισχυρισμός της είναι απορριπτέος. Κατόπιν των ανωτέρω, ο πρώτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό του κατά πλειοψηφία.

24. Κατά τη μειοψηφούσα γνώμη της εισηγήτριας μετά τη μελέτη του κανονιστικού πλαισίου της Διακήρυξης, την εκτίμηση των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών και με βάση την κείμενη νομοθεσία επί του παραπάνω πρώτου λόγου προσφυγής θα πρέπει να γίνουν δεκτά τα ακόλουθα:

Η παραπάνω παρατιθέμενη διάταξη του άρθρου 54 του ν. 4412/2016 οριοθετεί τις υποχρεώσεις της αναθέτουσας αρχής πριν την δημοσίευση της προκήρυξης της σύμβασης και τον προσδιορισμό των τεχνικών προδιαγραφών κατά το ότι οι τελευταίες *«θα πρέπει να 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»*. Μάλιστα, για τη διαφύλαξη των οικείων αρχών και ιδίως της μη παρεμπόδισης των

οικονομικών φορέων να συμμετέχουν στο διαγωνισμό εξ αιτίας υπέρμετρα αυστηρών και ίσως μη απαραίτητων τεχνικών προδιαγραφών τίθεται ως ασφαλιστική δικλείδα η υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να θέσει τον όρο «ή ισοδύναμο», στην περίπτωση κατά την οποία οι τεχνικές προδιαγραφές περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης όταν δεν είναι δυνατόν να γίνει επαρκώς προσδιορισμένη και κατανοητή η περιγραφή του αντικειμένου της σύμβασης, περίπτωση η οποία και πάλι συγχωρείται κατ' εξαίρεση. Στην προκειμένη περίπτωση, στο Παράρτημα Ι της επίμαχης Διακήρυξης έχουν τεθεί οι τεχνικές προδιαγραφές των προς προμήθεια ειδών (διατάξεων νεφρικής υποστήριξης) ως εξής:

25. Για τα ζητούμενα είδη με α/α 1 και 7 ζητείται μεμβράνη τύπου «*Polynephron ή ισοδύναμο*», η οποία, ως ισχυρίζεται και αποδεικνύει η προσφεύγουσα από σχετική παραπομπή που παραθέτει στην προσφυγή της, είναι το κατοχυρωμένο εμπορικό σήμα της ιαπωνικής εταιρείας ..., από την οποία και παράγεται αποκλειστικά, καταχωρισμένο στο διεθνές γραφείο εμπορικών σημάτων ... με αριθμό καταχώρισης:

26. Για το ζητούμενο είδος με α/α 2 ζητείται μεμβράνη «*τύπου Polyester Polymer alloy πολυμερισμένος πολυεστέρας ή ισοδύναμο*», η οποία, όπως ισχυρίζεται και αποδεικνύει η προσφεύγουσα από σχετική παραπομπή που παραθέτει στην προσφυγή της, είναι η χημική σύσταση της μεμβράνης ... που συνιστά κατοχυρωμένο εμπορικό σήμα της ιαπωνικής εταιρείας ..., καταχωρισμένο στο ευρωπαϊκό γραφείο εμπορικών σημάτων ... με αριθμό καταχώρισης:

27. Τέλος, για το ζητούμενο είδος με α/α 3 ζητείται μεμβράνη τύπου «*ελιξόνης (Helixone) ή ισοδύναμο*», το οποίο, όπως αποδεικνύεται από σχετική παραπομπή, είναι το κατοχυρωμένο εμπορικό σήμα της γερμανικής εταιρείας ..., από την οποία και παράγεται αποκλειστικά, καταχωρισμένο στο διεθνές

γραφείο εμπορικών σημάτων ... με αριθμό καταχώρισης: Από την ανωτέρω διατύπωση των τεχνικών προδιαγραφών των φίλτρων αιμοκάθαρσης, όπως αποτυπώνονται στο Παράρτημα Ι της Διακήρυξης, προκύπτει ότι ο προσδιορισμός των τεχνικών τους χαρακτηριστικών γίνεται βάσει αναφοράς σε εμπορικά σήματα που παραπέμπουν, για τους γνώστες ιδίως της επίμαχης αγοράς, στις κατασκευάστριες εταιρείες των ζητούμενων ειδών. Τούτο έχει ως αποτέλεσμα να εμποδίζεται η υποβολή παραδεκτής προσφοράς από εταιρεία, η οποία διαθέτει προϊόντα με όμοια μεν χαρακτηριστικά, όχι όμως της αυτής εμπορικής ονομασίας. Επιπλέον, όπως ισχυρίζεται και επαρκώς αποδεικνύει η προσφεύγουσα εταιρεία, τα τεχνικά χαρακτηριστικά των υπό προμήθεια φίλτρων αιμοκάθαρσης θα μπορούσαν να προσδιοριστούν και να γίνουν κατανοητά στους συμμετέχοντες και με μόνη την αναφορά στις κατηγορίες τους (εν προκειμένω Α1, Α2, Β1, Β2, Γ1 και Γ2), καθώς ο διαχωρισμός τους σε κατηγορίες συνεπάγεται και καθιστά ευκρινή για τους διαγωνιζόμενους τη δέσμη ιδιοτήτων, που θα πρέπει να διαθέτει το κάθε φίλτρο, χωρίς να απαιτείται και περαιτέρω αναφορά σε συγκεκριμένο εμπορικό τύπο. Θα πρέπει επίσης να επισημανθεί ότι και η ίδια η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της συνομολογεί στην ουσία ότι οι επίμαχες τεχνικές προδιαγραφές παραπέμπουν σε συγκεκριμένες εμπορικές ονομασίες καθώς και ότι η χρήση της λέξης «τύπου» και ιδίως οι αναφορές στη Διακήρυξη, κατά τις οποίες οι ζητούμενες διατάξεις νεφρικής υποστήριξης ζητείται να διαθέτουν μεμβράνες τύπου «*Polynephron*», «*Polyester Polymer alloy*» και «*ελιξόνης (Helixone)*» δεν είναι απολύτως σαφής περί της δυνατότητας αποδοχής φίλτρων με μεμβράνες άλλες πλην των παραπάνω ονομαζόμενων, καθόσον η ρητή αναφορά συγκεκριμένης εμπορικής ονομασίας αποδυναμώνει τη χρήση της λέξης «τύπου», δίνοντας την εντύπωση στους οικονομικούς φορείς, που δεν διαθέτουν τα φίλτρα με τη συγκεκριμένη εμπορική ονομασία, ότι δεν δύνανται να υποβάλλουν τεχνικώς παραδεκτή προσφορά (βλ. και ΕΑΔΗΣΥ 1498/2022).

28. Τέλος, σχετικά με το σκέλος του υπό κρίση ισχυρισμού, κατά το οποίο προβάλλεται ότι η χρήση της μνείας «ή ισοδύναμο» είναι στην προκειμένη περίπτωση προσχηματική, καθώς η παραπομπή σε συγκεκριμένο εμπορικό τύπο συνδυαζόμενη με τις ζητούμενες σχετικές τιμές του Παραρτήματος II παραπέμπουν σε πολύ συγκεκριμένα είδη, αποκλείοντας στην πραγματικότητα την αποδοχή ισοδύναμων λύσεων, κατά τη μειοψηφούσα γνώμη της εισηγήτριας λεκτέα τα εξής: Με τα οριζόμενα στο αρ. 54 του ν. 4412/2016 δίνεται η δυνατότητα να περιληφθεί στη διακήρυξη μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που να χαρακτηρίζει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που παρέχονται από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα ή εμπορικού σήματος συνοδευόμενη από τον όρο «ή ισοδύναμο» μόνο κατ' εξαίρεση και στην περίπτωση που δεν είναι δυνατόν να γίνει επαρκώς προσδιορισμένη και κατανοητή περιγραφή του αντικειμένου της σύμβασης με τους τρόπους που αναλυτικά αναφέρονται στην παράγραφο 3 του ίδιου άρθρου.

29. Στην προκειμένη περίπτωση, όπως και παραπάνω αναφέρθηκε, ο προσδιορισμός των τεχνικών προδιαγραφών των υπό προμήθεια διατάξεων ήταν δυνατόν να παρατεθεί με επάρκεια με την αναφορά στις 6 υπάρχουσες σχετικές κατηγορίες, A1, A2, B1, B2, Γ1 και Γ2, που προσδιορίζουν το συντελεστή υπερδιήθησης (Kuf), το είδος και την επιφάνεια της μεμβράνης. Επομένως, δεν συντρέχει καν περίπτωση ανάγκης της αναθέτουσας αρχής να καταφύγει στη λύση της παράθεσης συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης συνοδευόμενης από τον όρο «ή ισοδύναμο».

30. Κατά συνέπεια, όπως έχει σχετικά κριθεί με την απόφαση 273/2021 της ΕΑΔΗΣΥ που επικαλείται και η προσφεύγουσα, η αναφορά περί της δυνατότητας αποδοχής ισοδύναμων λύσεων δεν θεραπεύει την πλημμέλεια της αναθέτουσας αρχής κατά την παράθεση των επίμαχων τεχνικών προδιαγραφών, οι οποίες παραπέμπουν, σε κάθε περίπτωση, σε

συγκεκριμένες εμπορικές ονομασίες, αν και υπήρχε εναλλακτικός τρόπος διατύπωσής τους, με τον οποίο θα ήταν πλήρως κατανοητά στους συμμετέχοντες τα ζητούμενα χαρακτηριστικά. Μετά τα παραπάνω, κατά τη μειοψηφούσα γνώμη της εισηγήτριας, ο πρώτος λόγος προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

31. Με το δεύτερο προβαλλόμενο λόγο η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι οι επίμαχες τεχνικές προδιαγραφές για τα είδη 1,2,3 και 7 έχουν τεθεί κατά παράβαση της κοινοτικής οδηγίας 93/42 περί ελεύθερης κυκλοφορίας των προϊόντων που φέρουν σήμανση CE και της ρήτρας διασφάλισης.

32. Κατά τη γνώμη που κράτησε στο Κλιμάκιο, όπως έχει κριθεί (βλ. ΔΕΦΑΘ 1637/2019, Ν26/2019, ΕΑΔΗΣΥ 1822/2022, 930/2022, 821/2022, 917/2020, σκ. 28 επ., πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 1115/2008, 390/2008), η σήμανση CE σε ένα προϊόν δηλώνει ότι το προϊόν συμμορφώνεται με τις απαιτήσεις του ενωσιακού δικαίου για την υγεία, ασφάλεια και προστασία του περιβάλλοντος, ήτοι με τις Ευρωπαϊκές Οδηγίες Προϊόντων. Η σήμανση CE προϊόντος δηλώνει στις αρμόδιες αρχές ότι μπορεί νομίμως το προϊόν αυτό να τοποθετηθεί στην αγορά. Επίσης, δηλώνει ότι το προϊόν μπορεί να μετακινηθεί και διατεθεί ελεύθερα μεταξύ των κρατών μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Τέλος, η σήμανση CE σε ένα προϊόν επιτρέπει την απόσυρση των μη συμμορφουμένων προϊόντων από τα τελωνεία και τις αρμόδιες αρχές. Από όλο το πλέγμα των προπαρατεθεισών διατάξεων προκύπτει ότι η σήμανση CE αφορά τη συμμόρφωση του προϊόντος προς την ευρωπαϊκή νομοθεσία για την ασφάλεια στον τομέα της υγείας και επομένως, συνιστά πιστοποίηση ασφαλείας (βλ. ΔΕΦΧαν 13/2020), η οποία, όμως, δεν αναιρεί το ενδεχόμενο κάθε πιστοποιημένο ως ασφαλές προϊόν να έχει διαφορετικές ιδιότητες.

33. Ενόψει των ανωτέρω δεν εμποδίζεται μια αναθέτουσα αρχή να θεσπίσει, πέραν του CE, ελάχιστες απαιτήσεις περί χαρακτηριστικών που

προδιαγράφουν τον τύπο και το συγκεκριμένο είδος, κατηγορία και προορισμό του προϊόντος σε σχέση με την προοριζόμενη χρήση του, και τούτο, ανεξαρτήτως του κριτηρίου ανάθεσης, Άλλως, η εφαρμογή των περί σήμανσης CE διατάξεων θα κατέληγε στο άτοπο να μην μπορεί να απαιτηθεί για προμήθεια ιατροτεχνολογικού προϊόντος οιαδήποτε προδιαγραφή, αλλά και γενικά χαρακτηριστικό, πέραν του CE, με αποτέλεσμα το CE να υποχρεώνει την αναθέτουσα αρχή να προμηθευτεί προϊόντα που είναι μεν ασφαλή, αλλά δεν ανταποκρίνονται στον συγκεκριμένο σκοπό για τον οποίο αυτά προορίζονται και δεν εξυπηρετούν τις ειδικότερες ανάγκες κάθε αναθέτουσας αρχής (βλ. ΔΕΦΑΘ 1637/2019, Ν26/2019, ΑΕΠΠ 917/2020, 930/2022, 82/2022, σκ. 28 επ., πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 1115/2008, 390/2008).

34. Εξάλλου, όπως κρίθηκε από το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης (C-413/17 της 25ης Οκτωβρίου 2018 «Roche Lietuva» UAB, σκ. 26-42), σε υπόθεση που αφορούσε τεχνικές προδιαγραφές ιατροτεχνολογικών προϊόντων, κατά το άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (που ενσωματώθηκε στο εθνικό δίκαιο με το προμνησθέν άρθρο 54 του ν. 4412/2016), οι τεχνικές προδιαγραφές, που ορίζονται στο σημείο 1 του Παραρτήματος VII της οδηγίας αυτής (Παράρτημα VII του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016), παρατίθενται στα έγγραφα της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης και καθορίζουν τα χαρακτηριστικά που απαιτείται να έχουν τα υπό ανάθεση έργα, υπηρεσίες ή προμήθειες. Συναφώς, λοιπόν, διαπιστώθηκε από το Δικαστήριο ότι το άρθρο 42 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, καθόσον προβλέπει ότι οι τεχνικές προδιαγραφές πρέπει να διατυπώνονται υπό τη μορφή αρκούντως ακριβών επιδόσεων ή λειτουργικών απαιτήσεων ή με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και διάφορα πρότυπα, δεν αποκλείει τη δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να διευκρινίσει, στο πλαίσιο διαγωνισμού για την προμήθεια ιατρικών προϊόντων, τα χαρακτηριστικά λειτουργίας και χρήσης του προς προμήθεια επιμέρους εξοπλισμού και των προς προμήθεια επιμέρους μέσων. Έτσι, από τη διάταξη αυτή προκύπτει ότι, όχι μόνο η

εθνική, αλλά και η νομοθεσία της Ένωσης περί τεχνικών προδιαγραφών αναγνωρίζει ευρύ περιθώριο εκτίμησης στην αναθέτουσα αρχή κατά τη διατύπωση των τεχνικών προδιαγραφών ορισμένης σύμβασης, το οποίο δικαιολογείται από το γεγονός ότι οι αναθέτουσες αρχές γνωρίζουν καλύτερα τις προμήθειες που χρειάζονται και είναι οι πλέον αρμόδιες να καθορίζουν τις προϋποθέσεις που πρέπει να συντρέχουν, ώστε να επιτευχθεί το επιδιωκόμενο αποτέλεσμα. Εκ των ανωτέρω παρέπεται ότι η σήμανση CE (ως πιστοποίηση ασφαλείας) δηλώνει απλώς ότι τα πιστοποιημένα προϊόντα συμμορφώνονται με τις απαιτήσεις των Ευρωπαϊκών νόμων για την υγεία και την ασφάλεια (βλ. ΔΕφΧαν 13/2020) και δεν αναιρεί το ενδεχόμενο κάθε πιστοποιημένο ως ασφαλές προϊόν να έχει διαφορετικές ιδιότητες που μπορεί να εξυπηρετήσει διαφορετικές ανάγκες της αναθέτουσας αρχής. Επομένως, παρά τα περί του αντιθέτου προβαλλόμενα από την προσφεύγουσα, η αναθέτουσα αρχή είναι ελεύθερη να καθορίζει τα τεχνικά χαρακτηριστικά των προς προμήθεια ειδών από ποσοτική και ποιοτική άποψη, χωρίς καθόλου να εμποδίζεται να θεσπίσει, πέραν της πιστοποίησης CE, ειδικές απαιτήσεις προς τον σκοπό κάλυψης συγκεκριμένων αναγκών της (βλ. ΕΑΔΗΣΥ 930/2022, 821/2022).

35. Περαιτέρω, αβάσιμος παρίσταται και ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι, για τη συμπερίληψη των πληττόμενων προδιαγραφών στην ένδικη Διακήρυξη, έπρεπε να ακολουθηθεί η προβλεπόμενη στην Οδηγία 93/42/ΕΚ διαδικασία της ρήτρας διασφάλισης. Και τούτο, διότι η διαδικασία αυτή κινείται προκειμένου να περιοριστεί ή να απαγορευθεί η διάθεση στην αγορά επικίνδυνων ή μη συμμορφούμενων με τα πρότυπα προϊόντων, περίπτωση που, όμως, δεν συντρέχει εν προκειμένω, από τη στιγμή που οι πληττόμενες προδιαγραφές δεν θέτουν θέμα ασφαλείας των πιστοποιημένων προϊόντων, ώστε να απαιτείται να αρχίσει νέα διαδικασία διασφάλισης αυτών κατά τα οριζόμενα στην Οδηγία. Αντιθέτως, με τις εν λόγω προδιαγραφές προσδιορίζονται τα ειδικότερα χαρακτηριστικά κατ' αρχήν ασφαλών

προϊόντων, τα οποία εξυπηρετούν τον σκοπό επίτευξης του βέλτιστου αποτελέσματος ως προς την φροντίδα των νεφροπαθών. Επομένως, η θέσπιση ειδικών τεχνικών απαιτήσεων με την Διακήρυξη αιτιολογείται βάσει των εκτιθέμενων από την αναθέτουσα αρχή αναγκών της και επιτρέπεται, ακόμη και στην περίπτωση προϊόντων που διαθέτουν σήμανση CE, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Για τους παραπάνω λόγους, ο δεύτερος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να απορριφθεί κατά πλειοψηφία.

36. Κατά τη μειοψηφούσα γνώμη της εισηγήτριας μετά την επισκόπηση του κανονιστικού πλαισίου της Διακήρυξης, την εκτίμηση των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών και με βάση την κείμενη νομοθεσία επί του παραπάνω δεύτερου λόγου προσφυγής θα πρέπει να γίνουν δεκτά τα ακόλουθα: Στον όρο 2.4.3.2 της διακήρυξης με τίτλο «Τεχνική προσφορά» ορίζεται ότι *«Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο “Απαιτήσεις-Τεχνικές Προδιαγραφές” του Παραρτήματος II της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα. (...) Ο Φάκελος της Τεχνικής Προσφοράς διαιρείται στις εξής παρακάτω αναφερόμενες πληροφορίες, δηλώσεις ή πιστοποιητικά, με την ίδια σειρά και αρίθμηση: Α) Προσφερόμενο είδος και Τεχνικά χαρακτηριστικά (...) Πιστοποιητικό Σήμανσης CE Mark, σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές και τους ειδικούς όρους κάθε τμήματος».*

37. Από την παραπάνω διατύπωση προκύπτει άνευ αμφιβολίας ότι τα προσφερόμενα προϊόντα θα πρέπει να φέρουν τη σήμανση CE προς

απόδειξη της τήρησης των κανόνων ασφαλείας του συγκεκριμένου ιατροτεχνολογικού προϊόντος. Ταυτόχρονα, όπως προβάλλεται από την προσφεύγουσα και δεν αμφισβητεί η αναθέτουσα αρχή, εν προκειμένω με τον πληττόμενο όρο της Διακήρυξης (Παράρτημα Ι) για τα επίμαχα είδη έχουν τεθεί πρόσθετες ειδικές προδιαγραφές, που βαίνουν πέραν των σχετικών προτύπων. Δεδομένου ωστόσο ότι ως κριτήριο ανάθεσης της εν λόγω σύμβασης έχει η τεθεί η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής και δεδομένου ότι, όπως ορθά ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, έχει νομολογιακά κριθεί ότι όταν ο διαγωνισμός προμήθειας ιατροτεχνολογικών προϊόντων του αρ. 2.2 της οδηγίας 93/42 ΕΟΚ διενεργείται κατά το σύστημα της πλέον συμφέρουσας από οικονομικής άποψης προσφοράς αποκλειστικά βάσει τιμής, η διοίκηση δεν δύναται να αξιώνει την πλήρωση πρόσθετων προδιαγραφών για τα προσφερόμενα είδη πλην της σήμανσης CE, μέσω της οποίας δηλώνεται ότι τα είδη αυτά ανταποκρίνονται στα εναρμονισμένα πρότυπα (Βλ. ΣτΕ 1863/2014, ΣτΕ 2183/2004, ΔΕφΛαρ42/2018, και ΔεφΚομΑ61/2022), ο δεύτερος προβαλλόμενος λόγος θα πρέπει επίσης να γίνει δεκτός ως βάσιμος. Και τούτο διότι το προϊόν που διαθέτει και δύναται να προσφέρει η προσφεύγουσα είναι πιστοποιημένο και φέρει τη σήμανση CE, πλην όμως λόγω του γεγονότος ότι η αναθέτουσα αρχή, αν και έχει προκηρύξει τη διενέργεια μειοδοτικού διαγωνισμού, έχει εισάγει και πρόσθετες απαιτήσεις στις τεχνικές προδιαγραφές, με αποτέλεσμα να εμποδίζεται η συμμετοχή της στο διαγωνισμό. Δεδομένου επίσης ότι στην προκειμένη περίπτωση η αναθέτουσα αρχή δεν προβάλλει ούτε και αποδεικνύει ότι οι εν λόγω πρόσθετες προδιαγραφές έχουν τεθεί προς αποφυγή κινδύνων ασφάλειας και υγείας, ενημερώνοντας σχετικά προηγουμένως τον Ε.Ο.Φ., κατά τη μειοψηφούσα γνώμη της εισηγήτριας το Παράρτημα Ι της Διακήρυξης, στο οποίο απαριθμούνται οι τεχνικές προδιαγραφές των προς προμήθεια φίλτρων για τα είδη 1,2,3 και 7, θα πρέπει να αναδιαμορφωθεί για τον επιπλέον λόγο ότι τα οριζόμενα σε αυτό βαίνουν πέραν των ελαχίστων νόμιμων απαιτήσεων της σήμανσης CE.

38. Κατόπιν των παραπάνω σκέψεων, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί κατά πλειοψηφία και να καταπέσει το κατατεθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

1. Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.
2. Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 23 Φεβρουαρίου 2023 και εκδόθηκε στις 15 Μαρτίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ