

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 2 Σεπτεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Σειραδάκης Πρόεδρος και Εισηγητής, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 24.07.2020 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 981/27.07.2020 της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «...» που εδρεύει στον Δήμο ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του...» (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Με την Προδικαστική Προσφυγή, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η Νο ... Διακήρυξη.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, το ... ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Ανοιχτό Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό, με Αριθμό Διακήρυξης Νο ... και Αριθμό Συστήματος Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Διαγωνισμών (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) ..., η οποία αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 10.07.2020, με μοναδικό κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) ..., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου για την προμήθεια «...» (CPV: ...), συνολικού προϋπολογισμού εκατόν ενενήντα τεσσάρων χιλιάδων διακοσίων ογδόντα έξι

Αριθμός Απόφασης: 1130/2020

ευρώ και πενήντα πέντε λεπτών (194.286,55 €) συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 13%, ήτοι προϋπολογισμού χωρίς Φ.Π.Α. εκατόν εβδομήντα ενός χιλιάδων εννιακοσίων τριάντα πέντε ευρώ (171.935,00 €), διάρκειας ενός (1) έτους από την υπογραφή της, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 27^η Ιουλίου 2020, ημέρα Δευτέρα και ώρα 15:00 μ.μ. και ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών την 3^η Αυγούστου 2020, ημέρα Δευτέρα και ώρα 11:00 π.μ. Η προσφεύγουσα εταιρεία υπέβαλε με επιφύλαξη για τα είδη με α/α 1.1 έως 1.6 «Χειρουργικά γάντια αποστειρωμένα ανατομικού σχήματος χωρίς πούδρα», μέγεθος 6,5, 7, 7,5, 8, 8,5 και 9, με α/α 3.1 έως 3.6 «Αποστειρωμένα ορθοπεδικά γάντια χωρίς πούδρα», μέγεθος 6,5, 7, 7,5, 8, 8,5 και 9 και με α/α 5.1 έως 5.6 «Γάντια μικροχειρουργικής χωρίς πούδρα», μέγεθος 6,5, 7, 7,5, 8, 8,5 και 9, εμπρόθεσμα στις 24.07.2020 και ώρα 17:26:37 μ.μ. την προσφορά της στον ανωτέρω Διαγωνισμό. Η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε στις 24.07.2020 στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. την υπό κρίση Προσφυγή της και την κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν.

2. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρεία στρέφεται κατά της Νο ... Διακήρυξης, υποστηρίζοντας ότι οι προσβαλλόμενοι όροι του διαγωνισμού παραβιάζουν την υποχρέωση εξασφάλισης συνθηκών υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού και είναι παράνομοι, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη Διακήρυξη, κατά το μέρος προσβάλλεται με την ασκηθείσα προσφυγή και κάθε συναφής μεταγενέστερη ή προγενέστερη πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής.

4. Επειδή, η προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου ...),

Αριθμός Απόφασης: 1130/2020

όπως εξοφλήθηκε δυνάμει του από 24.07.2020 αποδεικτικού εξόφλησης της Εθνικής Τράπεζας της Ελλάδος, ποσού εξακοσίων ευρώ (600,00 €) και έχει δεσμευτεί, δυνάμει του αντίστοιχου αποδεικτικού αυτόματης δέσμευσης του παραβόλου της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (Γ.Γ.Π.Σ.).

6. Επειδή, ο επίμαχος Διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

9. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α) του Ν. 4412/2016.

10. Επειδή, στις 27.07.2020, η Αναθέτουσα Αρχή προέβη στην κοινοποίηση της υπό εξέταση Προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «επικοινωνίας» του Διαγωνισμού στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.

11. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, προσκλήθηκε, από τον Πρόεδρο του 7ου Κλιμακίου, δυνάμει της υπ' αριθμ. 1185/27.07.2020 Πράξης του «Περί Ορισμού Ημερομηνίας Εξέτασης Προδικαστικής Προσφυγής και Εισηγητή – Κλήση περί Απόψεων επί Αιτήματος Προσωρινών Μέτρων», η οποία της κοινοποιήθηκε στις 27.07.2020 και υπέβαλε στις 04.08.2020, ήτοι εντός της οριζόμενης προθεσμίας στο οικείο Κλιμάκιο, τις προβλεπόμενες από το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 9 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, απόψεις της, σχετικά με την υπό κρίση προσφυγή.

12.Επειδή, η προσφεύγουσα, βάσει του άρθρου 365 παρ. 1, όπως τροποποιήθηκε με την παρ. 42 του άρθρου 43 του Ν. 4605/2019 και ισχύει, υπέβαλε εμπρόθεσμα και παραδεκτά, στις 27.08.2020 μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού και προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, το από 27.08.2020 υπόμνημά της.

13.Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω και στο ισχύον πλαίσιο (Ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο με τον νόμο σύστημα παροχής δικαστικής προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής, παράβαση των κανόνων, οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. κατά την έννοια του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 κατά της Διακήρυξης ή των τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την προσφυγή αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί, με τρόπο συγκεκριμένο και ειδικό, βλάβη από συγκεκριμένο 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, ενώ περαιτέρω, εάν εν συνεχεία λάβει μέρος στον διαγωνισμό, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, η συμμετοχή του στο διαγωνισμό να συνοδεύεται από την διατύπωση επιφυλάξεως ως προς τη νομιμότητα του όρου ή των όρων της διακήρυξης από

Αριθμός Απόφασης: 1130/2020

τους οποίους βλάπτεται. (ΣΤΕ (Ασφ) 9/2015, ΔΕφΑΘ (Αναστ.) 44/2015, ΔΕφΑΘ (Ασφ) 561 /2013, ΣΤΕ(Ασφ) 314/2013, ΣΤΕ (Ασφ) 472/2012, ΣΤΕ (Ασφ) 718/2012, ΣΤΕ (Ασφ) 714/2012, ΣΤΕ 890/2009, ΣΤΕ 1415/2008 Ολομ., 881/2008, Ε.Α. 131/2003 κ.ά.).

14. Επειδή, στην κρινόμενη προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρεία, η οποία δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους της, λόγω του ότι η διατύπωση των προβαλλόμενων λόγων της προσβαλλόμενης με την προσφυγή διακήρυξης, αποκλείει κατά δήλωσή της, αθέμιτα τη συμμετοχή της από τον εν λόγω διαγωνισμό εις βάρος των συμφερόντων της και με ζημία της και συνεπακόλουθα θεμελιώνει κατ' αρχήν βάσιμα, το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη άμεσου, προσωπικού και ενεστώτος εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της Νο ... Διακήρυξης.

Νομίμως και παραδεκτά φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

15. Επειδή, εφαρμοστέος στον επίμαχο διαγωνισμό είναι ο Ν. 4412/2016 και ιδίως το άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), το άρθρο 53 «Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης», το άρθρο 54 «Τεχνικές προδιαγραφές» (άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), το άρθρο 75 «Κριτήρια επιλογής» (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) και το άρθρο 86 «Κριτήρια ανάθεσης των συμβάσεων» (άρθρο 67 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του Ν. 4412/2016.

16. Επειδή, περαιτέρω, στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Β' της Διακήρυξης με τίτλο «ΠΙΝΑΚΑΣ ΕΙΔΩΝ/ΕΡΓΑΣΙΩΝ/ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ-ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ» (σελ. 10 επ.) ορίζονται οι τεχνικές προδιαγραφές ως προς τα ζητούμενα είδη με α/α 1.1 έως 1.6 «Χειρουργικά γάντια αποστειρωμένα ανατομικού σχήματος χωρίς πούδρα», μέγεθος 6,5, 7, 7,5, 8, 8,5 και 9, με α/α 3.1 έως 3.6 «Αποστειρωμένα ορθοπεδικά γάντια χωρίς πούδρα», μέγεθος 6,5, 7, 7,5, 8, 8,5 και 9 και με α/α

5.1 έως 5.6 «Γάντια μικροχειρουργικής χωρίς πούδρα», μέγεθος 6,5, 7, 7,5, 8, 8,5 και 9.

17. Επειδή, παγίως έχει κριθεί ότι η αναθέτουσα αρχή είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας, ως προς τα προς προμήθεια προϊόντα, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, η δε θέσπιση με τη διακήρυξη των προδιαγραφών που 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 σε αυτόν των διαγωνιζομένων, των οποίων τα αγαθά δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.). Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από την άποψη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (πρβλ. ΣτΕ 189/2015, ΕΑ ΣτΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.). Περαιτέρω, η θέσπιση όρων τεχνικής ικανότητας των προσφερόντων, ενόψει των περιορισμών που συνεπάγονται, πρέπει να δικαιολογείται από τη φύση, την ποσότητα, το μέγεθος, τη σπουδαιότητα, την πολυπλοκότητα και τις εξειδικευμένες απαιτήσεις της προς ανάθεση σύμβασης, ώστε να μην παραβιάζεται ομοίως η γενική αρχή της αναλογικότητας που ορίζει κατά το ενωσιακό δίκαιο, ότι οι όροι αυτού δεν πρέπει να βαίνουν πέραν του μέτρου που είναι αναγκαίο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου στόχου (βλ. ΕλΣυν 2590/2016, ΔΕΕ C-213/07, Μηχανική Α.Ε. σκ. 44-48 και την εκεί παρατιθέμενη νομολογία, C-234/03 CONTSE και τη 2η αιτιολογική σκέψη της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ). Ως εκ τούτου, τα κριτήρια και τα μέσα απόδειξης της ελάχιστης απαιτούμενης τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων που επιλέγονται από τις

αναθέτουσες αρχές πρέπει, σε κάθε περίπτωση, να σχετίζονται με την ορθή και αποτελεσματική εκτέλεση της σύμβασης και να μην άγουν σε υπέρμετρο περιορισμό του δικαιώματος πρόσβασης στον διαγωνισμό, ώστε να διασφαλίζεται η ανάπτυξη ανταγωνισμού και η επιλογή της βέλτιστης προσφοράς (ΕλΣυν Τμ. Μείζονος – Επταμελούς Σύνθεσης 3372/2011, 3065/2014, VI Τμ. 2484/2012, 558/2014, 3392/2015, 1759, 3329/2015).

18. Επειδή, ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 54 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, το οποίο ενσωμάτωσε στην εθνική έννομη τάξη το άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, θα πρέπει οι τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και επιπλέον να μην θέτουν αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, υπό την έννοια ότι οφείλουν να αποφεύγουν διατάξεις που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, μέσω της ενσωμάτωσης σε αυτής χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου. Εξάλλου είναι αδικαιολόγητος ο περιορισμός του ανταγωνισμού μέσω τεχνικής προδιαγραφής που λειτουργεί ως κριτήριο αποκλεισμού από την ανάθεση, όταν μεταξύ άλλων δεν συνδέεται με το αντικείμενο της σύμβασης (πρβλ. σημ. 46 Προοιμίου Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, βλ. και ΔΕΕ, απόφαση της 17^{ης} Σεπτεμβρίου 2002, C-513/99 *Concordia*, Συλλογή 2002, σ. I-7213, σκέψεις 59 και 65, απόφαση της 4ης Δεκεμβρίου 2003, C-448/01 *Wienstrom*, Συλλογή 2003, σ. I4527, σκέψη 34) ή παραβιάζει αρχές του ενωσιακού δικαίου, όπως της ίσης μεταχείρισης (ΔΕΕ, απόφαση της 12^{ης} Μαρτίου 2015, C-538/13 *eVigilo*, Ηλεκτρ. Συλλογή ECLI:EU:C:2015:166, σκέψη 33, απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, C-496/99 *P*, Επιτροπή κατά *CAS Succhi di Frutta*, Συλλογή 2004, σ. I-3801, σκέψη 110, απόφαση 6^{ης} Νοεμβρίου 2014, C-42/13 *Cartieradell' Adda*, Ηλεκτρ. Συλλογή EU:C:2014:2345, σκέψη 44, απόφαση της 10ης Μαΐου 2012, C-368/10 Επιτροπή κατά Βασιλείου Κάτω Χωρών, Ηλεκτρ. Συλλογή ECLI:EU:C:2012:284, σκέψη 87 και Προτάσεις Γεν. Εισαγγελέως Kokkot στην

ίδια υπόθεση, σημ. 104, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54, Αποφάσεις της 27.11.2001, Υποθέσεις C-285/99 και C-286/99, Impresa Lombardini SpA, σκέψη 37, Απόφαση της 19.06.2003, Υπόθεση C-315/01, GAT, σκέψη 73, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική, σκέψη 45· ΔΕΕ, Απόφαση της 24.05.2016, Υπόθεση C-396/14, MT Højgaard A/S, Züblin A/S, σκέψη 37 κλπ).

19. Επειδή, επιπλέον, όπως συνάγεται από τη ρητή διατύπωση των άρθρων 18, 24, 42 και 56 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, (ενδεικτικά) τις σκέψεις 37, 45 και 90 της ίδιας Οδηγίας, αλλά και τα αντίστοιχα άρθρα 18, 24, 54 και 71 του Ν. 4412/2016, οι αναθέτουσες αρχές κατά τη διεξαγωγή των διαγωνιστικών διαδικασιών ενώπιόν τους, οφείλουν να αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα, χωρίς αδικαιολόγητες διακρίσεις και να ενεργούν κατά την άσκηση των καθηκόντων τους με τρόπο διαφανή και αναλογικό. Εξάλλου, όπως γίνεται παγίως δεκτό (βλ. ΕΛΣυν Τμήμα Μείζονος-Επταμελούς Σύμβασης 3065/2014) οι αναθέτουσες αρχές είναι κατ' αρχήν ελεύθερες να διαμορφώνουν τους όρους της διακήρυξης κατά την κρίση τους, καθορίζοντας με γνώμονα τις εκάστοτε ανάγκες τους ως κριτήρια καταλληλότητας ή ανάθεσης ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά από ποσοτική και ποιοτική άποψη. Για τον λόγο αυτό, η θέσπιση με τη διακήρυξη προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή απαραίτητες για την εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν δύναται να θεωρηθεί ότι παραβιάζει άνευ ετέρου τις προαναφερόμενες διατάξεις και θεμελιώδεις αρχές του ενωσιακού δικαίου, που έχουν ενσωματωθεί και στην εθνική έννομη τάξη και ιδιαιτέρως τους κανόνες του ανταγωνισμού, εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται ενδεχομένως αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή καθιστά δυσχερή τη συμμετοχή σε αυτόν δυνητικών υποψηφίων που δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι εκάστοτε τιθέμενες προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυνάμενων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων (βλ. Τμήμα Μείζονος-Επταμελούς Σύμβασης 3372/2011).

20. Επειδή, με τους ισχυρισμούς της, όπως αναλύονται στις σελ. 4-10 της κρινόμενης προσφυγής, υπό «(10). Λόγοι επί των οποίων βασίζεται η προσφυγή» παρ. 2-6, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη είναι παράνομη και πρέπει να ακυρωθεί για τα είδη με α/α 1.1 έως 1.6 «Χειρουργικά γάντια αποστειρωμένα ανατομικού σχήματος χωρίς πούδρα», μέγεθος 6,5, 7, 7,5, 8, 8,5 και 9, με α/α 3.1 έως 3.6 «Αποστειρωμένα ορθοπεδικά γάντια χωρίς πούδρα», μέγεθος 6,5, 7, 7,5, 8, 8,5 και 9 και με α/α 5.1 έως 5.6 «Γάντια μικροχειρουργικής χωρίς πούδρα», μέγεθος 6,5, 7, 7,5, 8, 8,5 και 9. Συγκεκριμένα, επικαλείται η προσφεύγουσα ότι λόγω των παράνομων τεχνικών προδιαγραφών που έχουν τεθεί για αυτά, οι οποίες είναι πρόσθετες των απαιτούμενων για τη χορήγηση της σήμανσης CE στα ιατροτεχνολογικά προϊόντα με βάση τα σχετικά πρότυπα, οι προσβαλλόμενες προδιαγραφές καθίστανται παράνομες και άρα ακυρωτές. Ομοίως, όπως υποστηρίζει η προσφεύγουσα απαιτεί η διακήρυξη τα προσφερόμενα είδη να είναι τελούν σε συμμόρφωση με πρότυπα και οδηγίες που είτε έχουν καταργηθεί και αντικατασταθεί είτε δεν αφορούν τα ιατρικά γάντια, αλλά άλλους τύπους γαντιών. Συγκεκριμένα, όπως διατείνεται η προσφεύγουσα ζητείται: α) όλα τα προσφερόμενα γάντια να έχουν συγκεκριμένες μέγιστες διαστάσεις πάχους δακτύλων και παλάμης, β) ειδικά για τα ορθοπεδικά γάντια απαιτείται συμμόρφωση με το πρότυπο EN 374-3 και το πρότυπο EN 388 και γ) ειδικά για τα γάντια μικροχειρουργικής, απαιτείται συμμόρφωση με το πρότυπο EN 374-3. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι ζητούνται λανθασμένα ίδια μέγιστα επιτρεπτά όρια πάχους δακτύλων και παλάμης για τρία (3) διαφορετικά είδη γαντιών, ήτοι χειρουργικά γάντια χωρίς πούδρα, γάντια ορθοπεδικά και γάντια μικροχειρουργικής, τα οποία από τη φύση τους και σύμφωνα με τον προορισμό τους, πρέπει να έχουν διαφορετικό πάχος, λαμβανομένου υπόψη ότι τα ορθοπεδικά γάντια επιβάλλεται να είναι κατά 40% παχύτερα από τα κανονικά γάντια με και χωρίς πούδρα, ενώ τα γάντια μικροχειρουργικής πρέπει να είναι σαφώς πιο λεπτά από τα κανονικά γάντια με και χωρίς πούδρα, δεδομένου ότι προορίζονται για μικροεπεμβάσεις και ως εκ τούτου, πρέπει να ανταποκρίνονται σε λεπτούς χειρισμούς. Με τη συγκεκριμένη προδιαγραφή, υποστηρίζει η

προσφεύγουσα, κατ' ουσίαν εξομοιώνονται υλικά που εκ των πραγμάτων οφείλουν να είναι διαφορετικά, εφόσον εξυπηρετούν διαφορετικές ανάγκες. Ενόψει των ανωτέρω προβαλλόμενων ισχυρισμών, επικαλείται η προσφεύγουσα ότι παρανόμως τέθηκαν από την αναθέτουσα αρχή οι επίμαχες προδιαγραφές, καθώς έπρεπε προηγουμένως να έχει κινηθεί η καθοριζόμενη από το άρθρο 8 της Κ.Υ.Α. ΔΥ8δ/Γ.Π.οικ.130648/2009 (άρθρο 8 της οδηγίας 93/42/ΕΟΚ) ρήτρα (διαδικασία) διασφάλισης ενώπιον του Ε.Ο.Φ. Τέλος, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι οι προσβαλλόμενοι όροι απαιτούν για τα ορθοπεδικά και τα γάντια μικροχειρουργικής, συμμόρφωση με το πρότυπο EN 374-3, σχετικά με τον καθορισμό της αντοχής του γαντιού στη διείσδυση χημικών, καθώς και με την Οδηγία 89/686/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 21^{ης} Δεκεμβρίου 1989 για τη προσέγγιση των νομοθεσιών των κρατών μελών σχετικά με τα μέσα ατομικής προστασίας (L 399, 30.12.1989), κατ' εξουσιοδότηση της οποίας έχει εκδοθεί το συγκεκριμένο πρότυπο, καίτοι η ανωτέρω Οδηγία έχει καταργηθεί και αντικατασταθεί με τον Κανονισμό (ΕΕ) 2016/425 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 9^{ης} Μαρτίου 2016 σχετικά με τα μέσα ατομικής προστασίας και για την κατάργηση της Οδηγίας 89/686/ΕΟΚ του Συμβουλίου (L 81/51, 31.06.2016), ενώ και το ανωτέρω πρότυπο δεν ισχύει πλέον και έχει αντικατασταθεί με το ομοίου περιεχομένου πρότυπο EN 16523-1:2015. Αντίστοιχα, για τα ορθοπεδικά γάντια ζητείται συμμόρφωση με το πρότυπο EN 388 με αντικείμενο «*Protective gloves against mechanical risks*», το οποίο όμως δεν αφορά ιατρικά γάντια, αλλά αντιθέτως, γάντια που χρησιμοποιούνται σε χειρωνακτικές εργασίες και τα οποία έχουν προδιαγραφές που δεν προσιδιάζουν εκ της φύσης τους σε γάντια που χρησιμοποιούνται σε χειρουργικές ορθοπεδικές επεμβάσεις και για τα οποία το ισχύον πρότυπο είναι το EN 455-2. Επί των ανωτέρω προβαλλόμενων με την προσφυγή αιτιάσεων, η αναθέτουσα αρχή, δυνάμει του με αριθμό πρωτοκόλλου εξερχομένου 24534/03.08.2020 εγγράφου της, υπέβαλε ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. τις απόψεις της, υποστηρίζοντας ότι: «*Σχετικά με την ανωτέρω προσφυγή του οικονομικού φορέα «...», σας γνωρίζουμε τα εξής:*

Αριθμός Απόφασης: 1130/2020

Για το πρότυπο EN 374-3 σελ. 9, η αντικατάσταση της οδηγίας 89/686 με τον κανονισμό 2016/425 δεν αλλάζει κάτι. Τα πιστοποιητικά που έχουν εκδοθεί με την παλιά οδηγία ισχύουν έως 21/4/2023 όπως λέει ο νέος κανονισμός 2016/425 άρθρο 47 του κανονισμού. Για το πρότυπο EN 388 που ζητείται στα ορθοπεδικά γάντια σελ. 10, το πιστοποιητικό αυτό διασφαλίζει ότι το γάντι έχει μεγαλύτερη αντοχή όπου απαιτείται μεγαλύτερη μηχανική καταπόνηση όπως στα ορθοπεδικά χειρουργεία, σε σχέση με τα απλά γάντια. Το πρότυπο διασφαλίζει αντίσταση τριβής, αντοχή στο σκίσιμο και κόψιμο από λεπίδες.

Σελ. 6 το EN 455-2 είναι ευρωπαϊκό πρότυπο και δεν είναι παράνομο που έχει μπει. Όλα τα νοσοκομεία της Ελλάδος ζητούν να τηρούνται τα Ευρωπαϊκά πρότυπα EN 455-1-2-3.

Η φράση «με το κριτήριο ανάθεσης της χαμηλότερη τιμής» όπου αναφέρεται σελ. 5 και 6 λέγεται ότι δεν χρειάζονται κάποια πρότυπα αλλά μόνο CE, για να πάρουμε το φτηνό γάντι που έχουν οι εταιρείες χωρίς να τηρεί τις προδιαγραφές που ζητάει το νοσοκομείο. Μόνον τα είδη που πληρούν τις προδιαγραφές και περάσουν από την τεχνική αξιολόγηση τότε το κριτήριο θα είναι η χαμηλότερη τιμή.

Όσον αφορά τις διαστάσεις πάχους δακτύλων και παλάμης το νοσοκομείο ζητάει ΕΩΣ ΑΥΤΕΣ ΤΙΣ ΔΙΑΣΤΑΣΕΙΣ και ΟΧΙ ΑΚΡΙΒΩΣ ΚΑΙ ΜΟΝΟ ΑΥΤΕΣ ΤΙΣ διαστάσεις. Άρα δεν φωτογραφίζει καμία εταιρεία.

Όσον αφορά στις σελ. 6-7 το νοσοκομείο έχει κάθε δικαίωμα ανάλογα με τα πρωτόκολλά του να βάζει αυστηρές προδιαγραφές με βάση τα ευρωπαϊκά πρότυπα εξασφαλίζοντας ότι τα προϊόντα που θα αγοράσει θα παρέχουν τη μέγιστη ασφάλεια στους χρήστες του. Άρα δεν στέκει η φράση στη σελ. 7 πάνω ότι τίθεται κώλυμα στην ελεύθερη κυκλοφορία των προϊόντων που δεν τις πληρούν.», ενώ δυνάμει του με αριθμό πρωτοκόλλου εξερχομένου 27413/01.09.2020, υπέβαλε κατά παράβαση των οριζομένων στο έκτο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 365 του Ν. 4412/2016 εκπροθέσμως και άρα απαραδέκτως, συμπληρωματική αιτιολογία, η οποία ως εκ τούτου, δεν λαμβάνεται υπόψη.

21. Επειδή, ωστόσο, σε αντίθεση με όσα αβάσιμα υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή στις εκτιθέμενες απόψεις της, όπως έχει κριθεί πρόσφατα (βλ. *ad hoc* ΔΕφ/αρ 72/2019 και ΑΕΠΠ 54/2020), από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 18, 54 και 86 του Ν. 4412/2016, συνάγεται ότι το σύστημα της συμφερότερης από οικονομική άποψη προσφοράς, η οποία προσδιορίζεται αποκλειστικά με βάση την τιμή, προϋποθέτει, λογικώς, προσφερόμενα είδη τα οποία είναι από άποψη τεχνικών χαρακτηριστικών, ιδιοτήτων και ποιότητας κατ' αρχήν ισοδύναμα και τα οποία, ως εκ τούτου, διαφοροποιούνται ουσιαστικά μόνο 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 φθηνότερου μεταξύ των προσφερομένων παρεμφερών προϊόντων, ευνοεί τον ανταγωνισμό, λόγω του ότι επιτρέπει τη συμμετοχή περισσότερων προμηθευτών, αποβαίνει δε επωφελής για τη Διοίκηση, αφού οδηγεί αναγκαίως στη συμπίεση των τιμών εκ μέρους των υποψήφιων προμηθευτών, αφού κριτήριο κατακύρωσης είναι η χαμηλότερη τιμή προσφοράς. Αντιθέτως, το σύστημα της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς που προσδιορίζεται με βάση τη βέλτιστη σχέση ποιότητας - τιμής προσιδιάζει σε διαγωνισμούς όπου τα προσφερόμενα είδη διαφοροποιούνται κατά το μάλλον ή ήττον ουσιαστικά από άποψη ποιότητας και τιμής, για τον λόγο δε αυτόν, προκειμένου να ευρευθεί η πλέον συμφέρουσα προσφορά, δικαιολογείται η στάθμιση κατά την αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών και ποιοτικών κριτηρίων, εφόσον αυτά συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης, δεν παρέχουν στην αναθέτουσα αρχή απεριόριστη ελευθερία επιλογής, μνημονεύονται ρητά στην συγγραφή υποχρεώσεων ή στην προκήρυξη του διαγωνισμού και τηρούν όλες τις θεμελιώδεις αρχές του κοινοτικού δικαίου, ιδίως δε την απαγόρευση διακρίσεων (βλ. ΣΤΕ 2183/2004 (7μ.), ΕΑ 849/2004, ΕΑ 29/2005, βλ. και ΔΕΚ απόφαση της 17.9.2002, C-513/99, *Concordia Bus Finland*, Συλλογή 2002, σ. I-7213, σκ. 34, 59, 61-63). Στην περίπτωση αυτή η Διοίκηση έχει ευρεία ευχέρεια να επιλέξει είτε προϊόν τεχνικώς αποδεκτό σε χαμηλή τιμή, είτε προϊόν τεχνικώς εξελιγμένο σε λογική τιμή, αφού ο προσφέρων το τελευταίο, για να έχει πιθανότητες να αναδειχθεί

προμηθευτής, θα υποχρεωθεί να συμπίεσει την τιμή της προσφοράς. Περαιτέρω, από τον συνδυασμό των πιο πάνω διατάξεων και των διατάξεων της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ και της υπουργικής απόφασης με την οποία αυτή μεταφέρθηκε στην ελληνική έννομη τάξη, προκύπτει ότι οι τεχνικές προδιαγραφές των ιατροτεχνολογικών προϊόντων πρέπει να προσδιορίζουν με σαφήνεια το υπό προμήθεια προϊόν, με παραπομπή σε εκ των προτέρων αναγνωρισμένα ευρωπαϊκά, ελληνικά ή άλλα πρότυπα και προδιαγραφές, κατά τις ειδικότερες διακρίσεις των διατάξεων αυτών. Ειδικότερα, όταν ο διαγωνισμός προμήθειας ιατροτεχνολογικών προϊόντων του άρθρου 2.2 της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ διενεργείται κατά το σύστημα της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς με βάση την τιμή, η Διοίκηση δεν δύναται να αξιώνει για τα προς προμήθεια είδη, πλην της σήμανσης CE, μέσω της οποίας δηλώνεται ότι τα είδη αυτά ανταποκρίνονται στα εναρμονισμένα πρότυπα, την πλήρωση περαιτέρω προδιαγραφών. Και τούτο διότι η Οδηγία 93/42/ΕΟΚ έχει εκδοθεί βάσει του άρθρου 100Α της Συνθήκης ΕΚ (πρώην 95 ΕΚ) και, ως εκ τούτου, για την επίτευξη του στόχου της διασφάλισης της ελεύθερης κυκλοφορίας των ιατροτεχνολογικών προϊόντων, εμποδίζει τα κράτη μέλη να απαγορεύουν, περιορίζουν ή παρακωλύουν τη διάθεση στην αγορά ιατροτεχνολογικών προϊόντων, τα οποία πληρούν τις απαιτήσεις αυτής και φέρουν την σήμανση CE (βλ. ΣτΕ 2183/2004 7μ.). Από αυτά παρέπεται ότι, όταν η Διοίκηση, για την εξυπηρέτηση συγκεκριμένης ανάγκης, επιθυμεί την προμήθεια ιατροτεχνολογικών προϊόντων που έχουν ιδιαίτερα τεχνικά χαρακτηριστικά και ιδιότητες εν σχέσει με τα συνήθως κυκλοφορούντα στην αγορά και εφοδιασμένα με τη σήμανση CE προϊόντα, οφείλει να προσφύγει στο σύστημα της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς με βάση τη βέλτιστη σχέση ποιότητας - τιμής. Άλλως, εάν δηλαδή για την προμήθεια των εν λόγω προϊόντων χρησιμοποιηθεί το σύστημα της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς αποκλειστικά με βάση την τιμή, αφενός μεν περιορίζεται ο ανταγωνισμός (αφού οι περισσότεροι υποψήφιοι θα τεθούν εκτός διαγωνισμού στο στάδιο του παραδεκτού των τεχνικών προσφορών), αφετέρου δε η Διοίκηση κινδυνεύει να προμηθευτεί το ίδιο προϊόν σε ακριβότερη τιμή,

παρά αν διενεργούσε διαγωνισμό με το σύστημα της πλέον από οικονομική άποψη προσφοράς με βάση τη βέλτιστη σχέση ποιότητας - τιμής, αφού ο μόνος ή οι λίγοι εναπομείναντες προμηθευτές, λειτουργώντας υπό συνθήκες μονοπωλίου ή ολιγοπωλίου, θα δύνανται να διογκώσουν την τιμή των προσφερόμενων ειδών (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 113/2008, 730/2009). Αντίστοιχα, με τη με αριθμό πρωτοκόλλου 5657/28.11.2016 Εγκύκλιο της Επιτροπής Προμηθειών Υγείας ορίστηκε μεταξύ άλλων ότι: «[...]. Αποφασίζουν, μετά από διαλογική συζήτηση μεταξύ τους, ομόφωνα ότι τα δημόσια νοσοκομεία και οι λοιποί φορείς της παραγράφου 1 του άρθρου 9 του ν. 3580/2007, όταν προμηθεύονται ιατροτεχνολογικά προϊόντα που εντάσσονται στο ρυθμιστικό περιεχόμενο της οδηγίας 93/42/ΕΟΚ περί ιατροτεχνολογικών προϊόντων, ενεργούν, σύμφωνα με τις διατάξεις της Κ.Υ.Α. ΔΥ8δ/Γ.Π.οικ.130648/2009, με την οποία ενσωματώθηκε στο εθνικό δίκαιο η οδηγία 93/42/ΕΟΚ, τις διατάξεις της οδηγίας αυτής, τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης και του Συμβουλίου της Επικρατείας επί των δύο αυτών νομοθετημάτων, και την 3/2016 ειδική έκθεση της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., ως εξής:

Πρώτον, απαγορεύεται να θεσπίζουν τεχνικές προδιαγραφές των ιατροτεχνολογικών προϊόντων που ζητούν να προμηθευτούν, οι οποίες περιορίζουν ή αποκλείουν από την προμήθεια ιατροτεχνολογικά προϊόντα που φέρουν τη σήμανση CE.

Δεύτερον, κατ' εξαίρεση του ανωτέρω κανόνα, επιτρέπεται, όταν συντρέχουν λόγοι αποφυγής κινδύνων ασφαλείας ή/και υγείας και εφόσον προηγουμένως έχουν ενημερώσει τον Ε.Ο.Φ. και έχει από αυτόν κινηθεί και ολοκληρωθεί η καθοριζόμενη από το άρθρο 8 της Κ.Υ.Α. ΔΥ8δ/Γ.Π.οικ.130648/2009 (άρθρο 8 της οδηγίας 93/42/ΕΟΚ) ρήτρα (διαδικασία) διασφάλισης, να θεσπίζουν, σύμφωνα με το αποτέλεσμα της ρήτρας (διαδικασίας) διασφάλισης, επιπρόσθετες τεχνικές προδιαγραφές των ιατροτεχνολογικών προϊόντων που ζητούν να προμηθευτούν, οι οποίες περιορίζουν ή αποκλείουν από την προμήθεια ιατροτεχνολογικά προϊόντα που φέρουν τη σήμανση CE.

Τρίτον, στην περίπτωση που η σύμβαση της προμήθειας ιατροτεχνολογικών προϊόντων που διενεργούν δεν πρόκειται να ανατεθεί με κριτήριο τη

συμπερότερη από οικονομική άποψη προσφορά που προσδιορίζεται αποκλειστικώς από την τιμή σύμφωνα με την παράγραφο 2 του άρθρου 86 του ν.4412/2016 (πρόκειται για το ισοδύναμο κριτήριο της χαμηλότερης τιμής κατά το προϊσχύον δίκαιο), αλλά από το κόστος, δύνανται να θεσπίζουν κριτήρια, όπως τα ενδεικτικώς οριζόμενα στη διάταξη της ίδιας ως άνω παραγράφου, με τα οποία αξιολογούν τα προσφερόμενα ιατροτεχνολογικά προϊόντα, υπό τον εξυπακοούμενο όρο ότι τα κριτήρια αυτά δεν περιορίζουν ή αποκλείουν από την προμήθεια ιατροτεχνολογικά προϊόντα που φέρουν τη σήμανση CE. Με άλλα λόγια, στην περίπτωση που σύμβαση προμήθειας ιατροτεχνολογικών προϊόντων ανατίθεται με κριτήριο το κόστος, τα κριτήρια που κατά τη διακριτική τους ευχέρεια θέτουν για την εκτίμηση του κόστους (λ.χ. κριτήρια ποιότητας) δεν επιτρέπεται να περιορίζουν ή αποκλείουν από την προμήθεια ιατροτεχνολογικά προϊόντα που φέρουν τη σήμανση CE, αλλά επιτρέπεται, δυνάμει των κριτηρίων αυτών, να τα αξιολογούν.».

22. Επειδή, σε σχέση με τα ως άνω διαλαμβανόμενα, σύμφωνα με τα με αριθμό πρωτοκόλλου 5519/15.11.2016 και 5609/23.11.2016 έγγραφα της Επιτροπής Προμηθειών Υγείας (Ε.Π.Υ.) ορίζεται ότι: «[...]. Κατά συνέπεια κάθε αναθέτουσα αρχή πλέον έχει την αρμοδιότητα και ευθύνη της έγκρισης των τεχνικών προδιαγραφών των προμηθειών που αυτή διενεργεί για λογαριασμό της» και «...από τη θέση σε ισχύ του Ν. 4412/2016 και εντεύθεν οι τεχνικές προδιαγραφές κάθε αναθέτουσας αρχής εγκρίνονται από το όργανο διοίκησής της.». Ομοίως, στο με αριθμό πρωτοκόλλου 4661/14.09.2016 έγγραφο της Ε.Π.Υ. σχετικά με την αρμοδιότητά της να εγκρίνει τεχνικές προδιαγραφές μετά τη θέση σε ισχύ του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «[...]. Οι φορείς του άρθρου 9 του Ν.3580/2007 δεν δεσμεύονται από την διαδικασία που είχε θεσπίσει η ΕΠΥ με προηγούμενες αποφάσεις της και μετά την εφαρμογή του Ν.4412/2016 δεν εγκρίνει πλέον τις τεχνικές προδιαγραφές των φορέων. Κάθε φορέας δύναται να χρησιμοποιήσει τεχνικές προδιαγραφές που είτε είχαν εγκριθεί με τη διαδικασία που είχε ορίσει η ΕΠΥ στις προηγούμενες αποφάσεις της, είτε χωρίς τη διαδικασία αυτή εφόσον προηγουμένως επανελεγχθούν και διαπιστωθεί η

πλήρη εναρμόνιση του περιεχομένου τους με τις απαιτήσεις που τίθενται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016 και ιδίως αυτές που καθορίζονται στο άρθρο του 54». Ενόψει των ανωτέρω εγγράφων καταλείπεται στην απόλυτη διακριτική ευχέρεια των αναθετουσών αρχών η σύνταξη των όρων των διακηρύξεων για τους διαγωνισμούς που προκηρύσσουν.

23. Επειδή, εξάλλου, έχει κριθεί ότι, σε περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή θέτει τις τεχνικές προδιαγραφές βάσει εγκεκριμένων προτύπων των προς προμήθεια ειδών, όταν επιλέγει, ως κριτήριο αναθέσεως της σύμβασης προμήθειας, την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά προσδιοριζόμενη αποκλειστικώς βάσει της τιμής, τότε δεν παρέχεται σε αυτή (αναθέτουσα αρχή) η δυνατότητα να περιλάβει στην οικεία διακήρυξη πρόσθετες ειδικές προδιαγραφές, πέραν δηλαδή των βάσει εγκεκριμένων προτύπων προδιαγραφών των προς προμήθεια ειδών, ως υποχρεωτικές παρά μόνον ως «επιθυμητές» (πρβλ. ΔΕφΚομοτηνής Ν21/2019). Κατ' αυτόν τον τρόπο, αφενός είναι πιθανόν να επιτύχει συμπίεση των τιμών των προσφερομένων ειδών με τις πρόσθετες ειδικές προδιαγραφές και αφετέρου θα έχει την ευχέρεια «επί ίσοις όροις» (δηλαδή σε περίπτωση περισσοτέρων της μιας προσφορών του ίδιου είδους στην χαμηλότερη τιμή), να επιλέξει στην χαμηλότερη τιμή την προσφορά που ικανοποιεί και τις πρόσθετες ειδικές προδιαγραφές. Αντίθετη άποψη θα οδηγούσε σε καταστρατήγηση των διατάξεων περί αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων, διότι θα επέτρεπε τη δημιουργία «τεχνητής χαμηλότερης τιμής», αφού θα έδινε την δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή, επιλέγοντας το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας προσφοράς αποκλειστικώς βάσει τιμής, να απαιτεί αυξημένες προδιαγραφές ποιότητας, αποκλείοντας κατ' αυτόν τον τρόπο τη συμμετοχή στην διαγωνιστική διαδικασία προσφορών ειδών που πληρούν τις ελάχιστες απαιτήσεις των εγκεκριμένων προτύπων ποιότητας (και, κατά τεκμήριο, έχουν την χαμηλότερη τιμή) και προωθώντας την προσφορά ειδών που καλύπτουν μεν τις ζητούμενες πρόσθετες ειδικές προδιαγραφές, αλλά δεν έχουν τη χαμηλότερη τιμή. Επιπλέον, παρακάμπτοντας την υποχρέωση θεσπίσεως κριτηρίων

αξιολογήσεως και διαδικασίας βαθμολογήσεως για τις πρόσθετες ειδικές προδιαγραφές, θα μπορούσε να περιλάβει «φωτογραφικούς όρους» στην διακήρυξη, νοθεύοντας τον ανταγωνισμό.

24. Επειδή, ενόψει των όσων εκτέθηκαν ανωτέρω, συνάγεται ότι, οι προσβαλλόμενες απαιτήσεις για τα είδη με α/α 1.1 έως 1.6 «Χειρουργικά γάντια αποστειρωμένα ανατομικού σχήματος χωρίς πούδρα», μέγεθος 6,5, 7, 7,5, 8, 8,5 και 9, με α/α 3.1 έως 3.6 «Αποστειρωμένα ορθοπεδικά γάντια χωρίς πούδρα», μέγεθος 6,5, 7, 7,5, 8, 8,5 και 9 και με α/α 5.1 έως 5.6 «Γάντια μικροχειρουργικής χωρίς πούδρα», μέγεθος 6,5, 7, 7,5, 8, 8,5 και 9, στον βαθμό που τίθενται για αυτές, προδιαγραφές πέραν των προβλεπόμενων, βάσει του εγκεκριμένου προτύπου των προς προμήθεια ειδών, όπως βάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα, είναι παράνομη. Ειδικότερα, όπως ορθά επισημαίνει η αναθέτουσα αρχή, το πρότυπο EN 374-3:2003, δυνάμει του άρθρου 47 του Κανονισμού 2016/425, παραμένει σε ισχύ ως ακολούθως: *«1. Με την επιφύλαξη της παραγράφου 2, τα κράτη μέλη δεν εμποδίζουν να καθίστανται διαθέσιμα στην αγορά προϊόντα που καλύπτονται από την οδηγία 89/686/ΕΟΚ τα οποία συμμορφώνονται με την εν λόγω οδηγία και διατέθηκαν στην αγορά πριν από τις 21 Απριλίου 2019.*

2. Τα πιστοποιητικά εξέτασης τύπου ΕΚ και οι αποφάσεις έγκρισης που έχουν εκδοθεί δυνάμει της οδηγίας 89/686/ΕΟΚ εξακολουθούν να ισχύουν έως τις 21 Απριλίου 2023, εκτός αν η ισχύς τους λήγει πριν από την εν λόγω ημερομηνία.». Εντούτοις, είναι σαφές ότι, όπως βάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα, με την απαίτηση τα προσφερόμενα είδη να συμμορφώνονται αποκλειστικά με το ανωτέρω πρότυπο, υπάρχει ενδεχόμενο να αποκλειστούν προϊόντα που τελούν σε συμμόρφωση με το νεότερο πρότυπο (EN 16523-1:2015), όπως αυτό έχει αντικαταστήσει το παλαιότερο, δεδομένου ότι ο επίμαχος Κανονισμός, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθρο 46 αυτού, έχει τεθεί σε ισχύ ήδη από την 21^η Απριλίου 2018. Κατά συνέπεια, δεν μπορεί να γίνει δεκτός ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής, ότι η αντικατάσταση του παλαιού προτύπου με το νέο, δεν επιφέρει ουσιώδεις αλλαγές, καθώς, με αυτή τη λογική, εξ ορισμού τίθενται

εκτός διαγωνισμού, υποψήφιοι προμηθευτές που είτε δεν διέθεταν ποτέ το παλαιό πρότυπο, αλλά έχουν στην κατοχή τους το νέο, όπως αυτό το αντικατέστησε, είτε διέθεταν μεν το παλαιό πρότυπο, αλλά έληξε η ισχύς αυτού πριν την ακροτελεύτια ημερομηνία ισχύος του παλαιού προτύπου, ήτοι την 21^η 2023 ή πρόκειται για προϊόντα που καλύπτονται μεν από το παλαιό πρότυπο, αλλά διατέθηκαν στην αγορά μετά την 21^η Απριλίου 2019 και άρα δεν καλύπτονται από αυτό, σύμφωνα με τα ρητά οριζόμενα στην παρ. 2 του άρθρου 47 του εν λόγω Κανονισμού. Υπό την ανωτέρω εκτεθείσα έννοια, η επίμαχη απαίτηση είναι παράνομη και ως εκ τούτου ακυρωτέα.

25. Επειδή, συναφώς, κρίνεται παράνομη η απαίτηση για το πρότυπο EN 388, καθώς, όπως βάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα και δεν αντικρούει επαρκώς η αναθέτουσα αρχή, αλλά κατ' ουσίαν συνομολογεί, το εν λόγω πρότυπο αφορά την αντοχή γαντιών στην τριβή, στην κοπή με λεπίδα, στη διάσχιση και τη διάτρηση σε χειρωνακτικές εργασίες, οι οποίες όμως εκ του αντικειμένου και της ίδιας της φύσεώς τους, διαφέρουν από τις απαιτήσεις για την αντοχή χειρουργικών, ορθοπεδικών γαντιών σε χρήση ιατρική και δη στην ορθοπεδική χειρουργική. Συνεπώς, κρίνεται παράνομη η θέσπιση με τη διακήρυξη προδιαγραφών, προσθέτων των περιλαμβανόμενων στα σχετικά ευρωπαϊκά πρότυπα που αφορούν τα συγκεκριμένα προϊόντα, όπως εν προκειμένω στο πρότυπο EN 455-1-2-3, το οποίο αποτελεί και το ισχύον εθνικό πρότυπο, εφόσον ως κριτήριο ανάθεσης έχει επιλεγεί από την αναθέτουσα αρχή, αυτό της χαμηλότερης τιμής, ήτοι της επιλογής του φθηνότερου μεταξύ των προσφερομένων προϊόντων και το οποίο κριτήριο προσιδιάζει και επιλέγεται σε περιπτώσεις, όπως η προκειμένη, όπου τα προσφερόμενα είδη είναι από άποψη τεχνικών χαρακτηριστικών, ιδιοτήτων και ποιότητας κατ' αρχήν παρεμφερή και, επί της ουσίας, διαφοροποιούνται μόνο στην τιμή. Ως εκ περισσού τονίζεται και ενόψει των όσων εκτέθηκαν αναλυτικά ανωτέρω στις σκέψεις 21-23, στον βαθμό που δύναται να θεωρηθεί ότι η αναθέτουσα αρχή έθεσε πρόσθετες ειδικές προδιαγραφές, πέραν των προβλεπόμενων, βάσει του εγκεκριμένου προτύπου των προς προμήθεια ειδών, καίτοι έφεραν σήμανση CE

και συμφωνούν με εγκεκριμένα πρότυπα προδιαγραφών αυτών, χωρίς να κινήσει την προηγούμενη διαδικασία (ρήτρα) διασφάλισης ενώπιον του Ε.Ο.Φ., αποκλείοντας ουσιαστικά τη δυνατότητα υποβολής προσφοράς από την προσφεύγουσα, οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της τελευταίας πρέπει να γίνουν δεκτοί ως νόμω και ουσία βάσιμοι και αντίστοιχα να απορριφθούν οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής.

26. Επειδή, τέλος, με τις προβαλλόμενες αιτιάσεις της προσφεύγουσας σχετικά με το πάχος των γαντιών, όπως αναφέρει η αναθέτουσα αρχή, με τις προσβαλλόμενες απαιτήσεις τέθηκε ένα εύρος διαστάσεων, ήτοι για τα είδη με α/α 1.1 έως 1.6 απαιτείται το πάχος των δακτύλων να ανέρχεται max 0,185 mm ενώ το πάχος της παλάμης σε max 0,165 mm, για τα είδη με α/α 3.1 έως 3.6 απαιτείται το πάχος των δακτύλων να ανέρχεται max 0,185 mm ενώ το πάχος της παλάμης σε max 0,175 mm και τέλος, για τα είδη με α/α 5.1 έως 5.6 απαιτείται το πάχος των δακτύλων να ανέρχεται max 0,185 mm ενώ το πάχος της παλάμης σε max 0,175 mm. Ωστόσο, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, αφενός τέθηκαν ίδια μέγιστα επιτρεπτά όρια πάχους δακτύλων και παλάμης για τρία διαφορετικά είδη γαντιών, τα οποία όμως εξυπηρετούν διαφορετικούς σκοπούς, αφετέρου με τους επίμαχους όρους τέθηκαν πρόσθετες προδιαγραφές, χωρίς να κινήσει η προβλεπόμενη διαδικασία (ρήτρα) διασφάλισης στον Ε.Ο.Φ., με τον κίνδυνο να τεθούν εκτός διαγωνιστικής διαδικασίας προϊόντα, όπως τα προσφερόμενα από την προσφεύγουσα, τα οποία φέρουν σήμανση CE. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, αλλά και όσων έγιναν δεκτά στις σκέψεις 21-23 της παρούσας, στον βαθμό που με τις προδιαγραφές αυτές τίθενται επιπλέον απαιτήσεις, χωρίς προηγούμενη κίνηση της διαδικασίας (ρήτρας) διασφάλισης, αποκλείοντας εκ προοιμίου είδη που φέρουν σήμανση CE, οι επίμαχοι όροι είναι ακυρωτέοι ως παράνομοι. Ως εκ τούτου, ο ισχυρισμός αυτός της προσφεύγουσας πρέπει να γίνει δεκτός ως νόμω και ουσία βάσιμος, ενώ απορρίπτονται οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, η κρινόμενη προδικαστική

Αριθμός Απόφασης: 1130/2020

προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή στο σύνολό της ως νόμω και ουσία βάσιμη, ενώ αντίστοιχα κρίνονται απορριπτέοι οι περί του αντιθέτου προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής.

27. Επειδή, κατ' ακολουθίαν πρέπει να γίνει δεκτή η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή.

28. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει τη Νο ... Διακήρυξη για τα είδη με α/α 1.1 έως 1.6 «Χειρουργικά γάντια αποστειρωμένα ανατομικού σχήματος χωρίς πούδρα», μέγεθος 6,5, 7, 7,5, 8, 8,5 και 9, με α/α 3.1 έως 3.6 «Αποστειρωμένα ορθοπεδικά γάντια χωρίς πούδρα», μέγεθος 6,5, 7, 7,5, 8, 8,5 και 9 και με α/α 5.1 έως 5.6 «Γάντια μικροχειρουργικής χωρίς πούδρα», μέγεθος 6,5, 7, 7,5, 8, 8,5 και 9, σύμφωνα με το σκεπτικό της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του παραβόλου, ποσού εξακοσίων ευρώ (600,00 €).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 2 Σεπτεμβρίου 2020 και εκδόθηκε στις 18 Σεπτεμβρίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχάλης Π. Σειραδάκης

Ελένη Χούλη