

**Αριθμός απόφασης: 1154 / 2018**

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**2<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 06 Δεκεμβρίου 2018, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος, Αργυρώ Τσουλούφα – Εισηγήτρια - δυνάμει της με αρ. 1571/2018 Πράξης της Προέδρου του Κλιμακίου και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει την με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1180/12-11-2018 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία « .....» και διακριτικό τίτλο « .....», που εδρεύει στο ....., ..... και ....., όπως εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής «προσφεύγων» ή «προσφεύγουσα»).

Κατά του ..... « .....» που εδρεύει στην ....., επί της οδού ....., αρ. ....., όπως εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή» ή « .....» ή «ΑΑ»), και κατά όρων της με αριθ. .... (με αριθμ. πρωτ. ....) Διακήρυξης για τη διενέργεια ηλεκτρονικού, ανοικτού διαγωνισμού κάτω των ορίων για την επιλογή αναδόχου υλοποίησης του Υποέργου «Προμήθεια συστημάτων τεχνητού νεφρού αιμοδιήθησης – αιμοδιαδιήθησης και on-line μεθόδων και πολυθρόνες αιμοκάθαρσης» της Πράξης «Προμήθεια Ιατροτεχνολογικού Εξοπλισμού στο ..... “ .....”», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, προϋπολογισθείσας εκτιμώμενης αξίας ύψους 202.500,00€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ., για τους λόγους που αναφέρονται στην εν λόγω Προσφυγή και

## **Αριθμός απόφασης: 1154 / 2018**

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα, ανώνυμης εταιρείας, με την επωνυμία « .....», που εδρεύει στις ..... , επί της ..... , αρ. ...., και εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής « .....» ή «παρεμβαίνων» ή «παρεμβαίνουσα»), ο οποίος επιδιώκει την απόρριψη της Προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης διακήρυξης

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με τη με αριθ. .... (με αριθμ. πρωτ. ....) Διακήρυξη του ..... « .....» προκηρύχθηκε ανοικτός, ηλεκτρονικός διαγωνισμός κάτω των ορίων για την επιλογή αναδόχου υλοποίησης του Υποέργου «Προμήθεια συστημάτων τεχνητού νεφρού αιμοδιήθησης – αιμοδιαδιήθησης και on-line μεθόδων και πολυθρόνες αιμοκάθαρσης» της Πράξης «Προμήθεια Ιατροτεχνολογικού Εξοπλισμού στο ..... “ .....”», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, συνολικής προϋπολογισθείσας εκτιμώμενης αξίας ύψους 202.500,00€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, η οποία Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με ΑΔΑΜ .....και αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 20.10.2018, όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α ..... Η παρούσα σύμβαση υποδιαιρείται στο ΤΜΗΜΑ 1: «Προμήθεια δέκα συστημάτων τεχνητού νεφρού αιμοδιήθησης – αιμοδιαδιήθησης και on-line μεθόδων», εκτιμώμενης αξίας 153.846,15€ πλέον ΦΠΑ 17% και στο ΤΜΗΜΑ 2: «Προμήθεια πέντε Πολυθρόνων αιμοκάθαρσης», εκτιμώμενης αξίας 19.230,77€ πλέον ΦΠΑ 17%, ενώ προσφορές υποβάλλονται είτε για το σύνολο των προκηρυχθέντων είτε για ένα τμήμα του διαγωνισμού, σύμφωνα με τους όρους της επίμαχης διακήρυξης.

## **Αριθμός απόφασης: 1154 / 2018**

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

3. Επειδή, έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

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

5. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, όπου προβλέπεται ότι «1. σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: (α) ... (β) ... (γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ», η οποία γνώση επήλθε εν προκειμένω κατά δήλωση της προσφεύγουσας στο έντυπο της Προσφυγής της κατά τεκμήριο μετά την πάροδο δεκαπέντε ημερών από την δημοσίευση της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ, οπότε και εκκινεί

## **Αριθμός απόφασης: 1154 / 2018**

η δεκαήμερη προθεσμία για την άσκηση Προσφυγής, και η Προδικαστική Προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 09.11.2018.

6. Επειδή, με την υπό κρίση προσφυγή της, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά των όρων εκείνων που περιγράφουν τις τεχνικές προδιαγραφές του Τμήματος 1 του ηλεκτρονικού, ανοικτού διαγωνισμού κάτω των ορίων με αντικείμενο την «Προμήθεια Ιατροτεχνολογικού Εξοπλισμού για το ..... “ .....» και δη των όρων αναφορικά με τη προμήθεια των συστημάτων τεχνητού νεφρού αιμοδιήθησης – αιμοδιαδιήθησης και on-line μεθόδων της υπό ανάθεση σύμβασης, προδιαγραφές που επιβάλλουν το μηχάνημα να δέχεται «(5β) αρτηριοφλεβικές γραμμές που δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής», «(23) να διενεργεί τη μέθοδο της Αιμοδιήθησης, Αιμοδιαδιήθησης με on-line παρασκευή διαλυμάτων (υποκατάστασης), όπου τα αναλώσιμα υλικά για την διεξαγωγή των ως άνω μεθόδων ομοίως δεν θα πρέπει να καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής» και (8) «Να έχει ενσωματωμένο σύστημα εφαρμογής αιμοκάθαρσης με Μονή Βελόνα τόσο με μία, όσο και με δύο αντλίες», επικαλούμενη ότι παρανόμως και κατά παράβαση των αρχών της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της ανάπτυξης υγιούς ανταγωνισμού καθιστά η αναθέτουσα αρχή όχι απλώς δυσχερή αλλά αδύνατη τη συμμετοχή στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία όχι μόνο της ίδιας αλλά και όλων των εταιρειών που διαθέτουν μηχανήματα των οποίων τα αναλώσιμα προστατεύονται από το εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής ή άλλως προδιαγράφεται άμεσα ή έμμεσα το αποτέλεσμα λόγω αδυναμίας του προσφεύγοντος να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις διότι, όπως ισχυρίζεται, τα εν λόγω τεθέντα κριτήρια δεν συνδέονται με τον τρόπο εκτέλεσής της συγκεκριμένης προς ανάθεση προμήθειας και περιορίζουν την ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, αιτούμενη κατ’ ακολουθίαν την ακύρωση των, άλλως την ανάκληση, άλλως τροποποίηση αυτών και αναδιατύπωσή τους σύμφωνα με όσα διατυπώνει στην προσφυγή του.

### **Αριθμός απόφασης: 1154 / 2018**

7. Επειδή, κατ' άρθρο 346 παρ. 1 και 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016 το δικαίωμα προδικαστικής προσφυγής επιφυλάσσεται σε όποιον έχει εν γένει συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση, συνεπώς και σε όποιον έχει ενδιαφέρον για συμμετοχή σε διαγωνισμό, όπερ μεθερμηνευόμενο στην περίπτωση της προσβολής όρου διακήρυξης καλύπτει και όποιον προτίθεται μεν να υποβάλει προσφορά πλην όμως η μη νομιμότητα ή ασάφεια των όρων αυτής ενδέχεται να οδηγήσουν στον αποκλεισμό του, άρα και στην ατελέσφορη υποβολή προσφοράς ή σε συμμετοχή του σε διαδικασία παραβιάζουσα τις αρχές της ισότητας, της διαφάνειας και ιδίως του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, με συνέπεια να διακινδυνεύονται τα συμφέροντα του στην ανάθεση της σύμβασης.

8. Επειδή, ενόψει όσων εκτέθηκαν στις προηγούμενες (βλ. σκ. 6-7), η κρινόμενη προσφυγή ασκείται με έννομο συμφέρον από την προσφεύγουσα, η οποία ισχυρίζεται ότι διαθέτει στην ελληνική αγορά ιατροτεχνολογικά και φαρμακευτικά προϊόντα νεφρολογίας μεταξύ των οποίων και τα ζητούμενα και ότι οι τεχνικές προδιαγραφές της προκήρυξης που ορίζουν ότι οι αρτηριοφλεβικές γραμμές και τα αναλώσιμα για τη διεξαγωγή των μεθόδων αιμοδιήθησης και αιμοδιαδιήθησης δεν πρέπει να καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο είναι αντίθετες προς τις αρχές της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της ανάπτυξης υγιούς και πραγματικού ανταγωνισμού που προβλέπονται από το ευρωπαϊκό και εθνικό δίκαιο και περιορίζουν το εύρος των συμμετεχόντων και τα μηχανήματα που μπορούν να προσφερθούν με αξιώσεις κατακύρωσης. Εν προκειμένω δε έχει υποβάλλει προσφορά στον υπόψη διαγωνισμό (με αριθμ. 115921 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) κατά την καταληκτική ημέρα υποβολής προσφορών, ήτοι την 13<sup>η</sup>/11/2018.

9. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 7 του ΠΔ 39/2017 «Κάθε ενδιαφερόμενος, του οποίου επηρεάζονται τα συμφέροντα, δικαιούται να ασκήσει εντός αποκλειστικής προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση σε αυτόν της προσφυγής [.....] παρέμβαση ενώπιον της ΑΕΠΠ, για τη διατήρηση της ισχύος της

### **Αριθμός απόφασης: 1154 / 2018**

προσβαλλόμενης πράξης, προσκομίζοντας όλα τα κρίσιμα έγγραφα που έχει στη διάθεσή του [...]».

10. Επειδή, η υπό κρίση Παρέμβαση, σύμφωνα με τα άρθρα 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και 7 του Π.Δ. 39/2017, έχει κατατεθεί εμπροθέσμως (κατάθεση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. με α/α. Συστήματος ....., την 26-11-2018), δοθέντος ότι η προδικαστική προσφυγή αναρτήθηκε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 09.11.2018 και κοινοποιήθηκε από την αναθετούσα στους ενδιαφερόμενους στις 14.11.2018, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής, ήτοι εντός της δεκαήμερης ως άνω προβλεπόμενης εκ του νόμου προθεσμίας, αφού η 10ήμερη προθεσμία έληγε σε μέρα κατά νόμο εξαιρεταία, δεδομένου ότι έληγε την 24.11.2018 ήτοι ημέρα μη εργάσιμη, παρεκτείνεται κατά συνέπεια για την επόμενη εργάσιμη ημέρα (ΔΕφΠατρ 39/2017). Τούτο διότι, δεδομένου πως ούτε στις διατάξεις του Ν. 4412/2016 ούτε στις διατάξεις περί ηλεκτρονικής υποβολής προσφυγών σε διαδικασίες δημοσίων συμβάσεων ούτε, σε κάθε περίπτωση, στην ένδικη διακήρυξη ορίζεται το ακριβές χρονικό σημείο λήξης εντός της τελευταίας ημέρας της προθεσμίας υποβολής των εν λόγω προδικαστικών προσφυγών, εφαρμοστέα, δυνάμει της διατάξεως της παρ. 7 του άρθρου 10 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας είναι η διάταξη του άρθρου 242 του Αστικού Κώδικα, η οποία ορίζει ότι προθεσμία λήγουσα σε μη εργάσιμη ημέρα παρεκτείνεται έως και την επόμενη εργάσιμη.

11. Επειδή, σύμφωνα με την έννοια των ως άνω διατάξεων η παρέμβαση ασκείται παραδεκτώς υπέρ της διατηρήσεως της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης από ενδιαφερόμενο του οποίου επηρεάζονται τα συμφέροντα. Περαιτέρω, το έννομο συμφέρον του παρεμβαίνοντος πρέπει να υφίσταται τόσο κατά τον χρόνο άσκησής της όσο και κατά την εξέταση της υπόθεσης (βλ. ΣΤΕ Ολομ. 2173/2012, 3768/2015, 5060/2012), αφού και στην περίπτωση αυτή, τυχόν αποδοχή της υπό κρίση προσφυγής είναι βλαπτική για αυτόν (ΣΤΕ 1936/2014).

## **Αριθμός απόφασης: 1154 / 2018**

12. Επειδή η υπό κρίση παρέμβαση ασκείται με έννομο συμφέρον υπέρ της διατηρήσεως των προσβαλλόμενων όρων της Διακήρυξης, δεδομένου ότι η παρεμβαίνουσα έχει καταθέσει προσφορά στον ηλεκτρονικό τόπο του εν θέματι διαγωνισμού ήδη από τις 12-11-2018, αντικειμενικό γεγονός που προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και, επομένως, ανήκει στον κύκλο των προσώπων του οποίου τα συμφέροντα επηρεάζονται από την υπό κρίση προσφυγή. Όπως, εξάλλου, έχει παγίως κριθεί «η συμμετοχή σε διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως μπορεί, κατ' αρχήν, να αποτελέσει εγκύρως, προϋπόθεση η οποία πρέπει να συντρέχει ώστε να μπορεί το συγκεκριμένο πρόσωπο να δικαιολογήσει την ύπαρξη συμφέροντος για τη σύναψη της συγκεκριμένης συμβάσεως» ( βλ. σχετικά Αριθμός απόφασης: 125/2017 4 την απόφαση ΔΕΕ με αρ. C -230/02, Grossmann Air Service , σκ. 27) και συνεπώς να παρέμβει υπέρ της διατήρησης ισχύος των επίμαχων όρων της διακήρυξης. Σημειώνεται ότι η Παρέμβαση ασκείται εν γένει παραδεκτως.

13. Επειδή, με το με αρ. πρωτ. 18590/27-11-2018 έγγραφό της η αναθέτουσα αρχή εκφράζει τις απόψεις της επί της εν λόγω Προσφυγής. Στο εν λόγω έγγραφο αναφέρει τα εξής: «Α). Το ..... συμπεριέλαβε στις Τεχνικές Προδιαγραφές της διακηρύξεως τους όρους ότι α) το μηχάνημα θα πρέπει να δέχεται αρτηριοφλεβικές γραμμές που δεν θα πρέπει να καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής, β) ..... και γ) τα αναλώσιμα υλικά για την διεξαγωγή των ανωτέρω μεθόδων δεν θα πρέπει να καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής, για λόγους Δημοσίου συμφέροντος και κατόπιν στοιχείων που ευθέως προκύπτουν από την έως σήμερα χρήση και λειτουργία των μηχανημάτων και συγκεκριμένα διότι: 1) Όπως προκύπτει από το υπ' αριθμ. πρωτ. 3927/5-3-2018 έγγραφο της οικονομικής υπηρεσίας του ....., οι αρτηριοβλεβικές γραμμές της προσφεύγουσας εταιρείας κοστίζουν, λόγω της καλύψεώς τους από εργοστασιακό απόρρητο, 7,41€ (Φ.Π.Α συμπεριλαμβανομένου) εκάστη, ενώ οι γραμμές που δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο, παρέχονται στο ..... δωρεάν από τις εταιρείες που προμηθεύουν τα μηχανήματα. 2)

### **Αριθμός απόφασης: 1154 / 2018**

Στη Μονάδα Τεχνητού Νεφρού του ....., κατά τα παρελθόντα έτη, λαμβάνουν χώρα κατά μέσο όρο 15 συνεδρίες αιμοκαθάρσεως ανά εβδομάδα, ήτοι 780 συνεδρίες ετησίως. Αυτό σημαίνει ότι χωρίς να υπάρχει διαφορά στην ποιότητα των παρεχομένων υπηρεσιών υγείας, η χρήση αρτηριοφλεβικών γραμμών που καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο, θα κόστιζε στο ..... και κατά συνέπεια στο Ελληνικό Δημόσιο, το ποσό των 5.779,80 € ετησίως και το ποσό των 57.798,00€ στη διάρκεια 10ετίας, η οποία είναι ο μέσος όρος χρήσης εκάστου μηχανήματος, σε αντίθεση με τις γραμμές που δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο, οι οποίες παρέχονται δωρεάν. Καθώς λοιπόν με τα δεδομένα των εμπορικών τιμών των μηχανημάτων, το κόστος των αναλωσίμων για την λειτουργία τους, με αναγωγή στο μέσο όρο ζωής τους, υπερκαλύπτει την εμπορική τους τιμή, χωρίς να υπάρχει καμία διαφορά στη παρεχόμενη ποιότητα υπηρεσιών υγείας, υφίσταται μείζον λόγος Δημοσίου Συμφέροντος ικανός κατά τρόπο απόλυτα σύννομο να δικαιολογήσει τον περιορισμό του ανταγωνισμού με την θέση της υπό κρίση τεχνικής προδιαγραφής στη διακήρυξη. Β). Η προσφεύγουσα εταιρεία ισχυρίζεται ότι οι συγκεκριμένες Τεχνικές προδιαγραφές κατά των οποίων βάλει με την υπό κρίση προσφυγή της, δεν δικαιολογούνται τόσο από το αντικείμενο της προμήθειας, το οποίο αφορά το μηχάνημα και όχι τα αναλώσιμα, όσο και από το κριτήριο κατακυρώσεως του διαγωνισμού. Ο συγκεκριμένος λόγος προβάλλεται, κατά την εκτίμησή μας, αλυσιτελώς, καθώς είναι δίδαγμα κοινής λογικής ότι η προμήθεια μηχανήματος το οποίο λειτουργεί αποκλειστικά και μόνο με τη χρήση αναλωσίμων που παράγονται από συγκεκριμένο κατασκευαστή/εργοστάσιο και καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο, ασχέτως του γεγονότος ότι ο κάτοχος του μηχανήματος δύναται να προμηθευθεί τα αναλώσιμα από περισσότερες της μίας εμπορικές πηγές, οδηγεί εξ ανάγκης όχι απλά σε απόλυτη εξάρτηση από το συγκεκριμένο κατασκευαστή και σε αντίστοιχο πλεονάζον οικονομικό κόστος, αλλά και σε πραγματικά αθέμιτο και μη σύννομο περιορισμό του ανταγωνισμού στο πρωτογενές του επίπεδο, αυτό δηλαδή της κατασκευής, ενώ είναι αδιάφορο το ότι το δευτερογενές επίπεδο



### **Αριθμός απόφασης: 1154 / 2018**

της εμπορικής διαθέσεως του προϊόντος, διαθέτει πλείονες της μίας επιλογές. Κατά τα ανωτέρω, το ..... εκτιμά ότι άπαντες οι λόγοι της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής τυγχάνουν νόμω και ουσία αβάσιμοι και αλυσιτελώς προβαλλόμενοι και, ρητά επιφυλασσόμενο παντός νομίμου δικαιώματός του ζητά, την καθ' ολοκληρία απόρριψή της».

14. Επειδή, με την υπό κρίση προσφυγή της, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά των όρων εκείνων που περιγράφουν τις τεχνικές προδιαγραφές του Είδους 1 του ηλεκτρονικού, ανοικτού διαγωνισμού κάτω των ορίων με αντικείμενο την «Προμήθεια Ιατροτεχνολογικού Εξοπλισμού για το .....» και δη των Μηχανημάτων Τεχνητού Νεφρού Αιμοδιήθησης- Αιμοδιαδιήθησης και ON-LINE Μεθόδων της υπό ανάθεση σύμβασης, ως προδιαγραφές όπου το μηχάνημα θα πρέπει να δέχεται (5β) αρτηριοφλεβικές γραμμές που δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής, (23) να διενεργεί τη μέθοδο της Αιμοδιήθησης, Αιμοδιαδιήθησης με on-line παρασκευή διαλυμάτων (υποκατάστασης), όπου τα αναλώσιμα υλικά για την διεξαγωγή των ως άνω μεθόδων ομοίως δεν θα πρέπει να καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής και (8) «Να έχει ενσωματωμένο σύστημα εφαρμογής αιμοκάθαρσης με Μονή Βελόνα τόσο με μία, όσο και με δύο αντλίες», επικαλούμενη ότι παρανόμως και κατά παράβαση των αρχών της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της ανάπτυξης υγιούς ανταγωνισμού καθιστά η αναθέτουσα αρχή όχι απλώς δυσχερή αλλά αδύνατη τη συμμετοχή στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία όχι μόνο της ίδιας αλλά και όλων των εταιρειών που διαθέτουν μηχανήματα των οποίων τα αναλώσιμα προστατεύονται από το εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής.

15. Επειδή, η προσφεύγουσα, ασκεί την Προδικαστική Προσφυγή έχουσα άμεσο, προσωπικό και ενεστώως έννομο συμφέρον, καθώς δραστηριοποιείται ενεργά στον τομέα που αποτελεί το αντικείμενο της επίμαχης προμήθειας, αφού διαθέτει στην ελληνική αγορά ιατροτεχνολογικά και φαρμακευτικά προϊόντα νεφρολογίας, μεταξύ των οποίων και τα ζητούμενα από τη διακήρυξη μηχανήματα τεχνητού νεφρού αιμοδιήθησης –

### **Αριθμός απόφασης: 1154 / 2018**

αιμοδιαδήθησης και on line μεθόδων με συνέπεια να υφίσταται βλάβη, κατά το άρθρο 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, καθόσον η διατήρηση της ισχύος των προσβαλλόμενων όρων θα καταστήσει, όπως υποστηρίζει, αδύνατη τη συμμετοχή της στην υπόψη διαγωνιστική διαδικασία και μάλιστα εξαιτίας ενός νομικού περιορισμού που ουδεμία σχέση έχει με τη χρήση και την απόδοση των υπό προμήθεια μηχανημάτων, με συνέπεια να αποκλείεται παρανόμως η προσφορά άλλων υποψηφίων πλήρως συμμορφούμενων προς τις τεχνικές προδιαγραφές προϊόντων στο διαγωνισμό.

16. Επειδή, περαιτέρω η παρεμβαίνουσα επικαλείται στη Παρέμβαση της την έλλειψη έννομου συμφέροντος της προσφεύγουσας διότι, όπως ισχυρίζεται, δεν αποκλείεται η συμμετοχή της προσφεύγουσας στη διαγωνιστική διαδικασία από τους προσβαλλόμενους όρους της διακήρυξης αλλά από την επιλογή και εμπορική της πολιτική να προσφέρει μηχανήμα «κλειστού τύπου» και επιχειρεί να προδιαγράψει κατά τις επαγγελματικές της ανάγκες και δυνατότητες τα προς προμήθεια είδη. Για τη διαπίστωση εντούτοις της συνδρομής εννόμου συμφέροντος στο πλαίσιο της κύριας διαγνωστικής δίκης και κατ' επέκταση και της κρίσης επί προδικαστικής προσφυγής, εφαρμόζονται τα γενικά κριτήρια για τη διαπίστωση της ύπαρξης του εννόμου συμφέροντος στο πρόσωπο του προσφεύγοντος, όπως έχουν διαμορφωθεί από την πάγια νομολογία των Συμβουλίου της Επικρατείας, ήτοι μεταξύ άλλων, η ύπαρξη αιτιώδους συνάφειας μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της προσβαλλόμενης βλάβης (ΣΤΕ 7 Τμ.1898/2016) και ο ειδικός χαρακτήρας της επικαλούμενης εκ μέρους του προσφεύγοντος βλάβης (ΣΤΕ 1995/2016, 420/2002, 3905/2004, βλ. Πυργάκη «Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», σελ. 40 επ. και απόφαση ΑΕΠΠ 93/2017). Υπό την έννοια αυτή, στην εν λόγω προσφυγή, πράγματι γίνεται επίκληση και στοιχειοθέτηση βλάβης σε βάρος της προσφεύγουσας εταιρείας και άρα προκύπτει η συνδρομή του εννόμου συμφέροντος αυτής, δεδομένου ότι κατά την κρίση της, οι όροι της διακήρυξης εμποδίζουν την υποβολή προσφοράς εκ μέρους της, και δη προκαθορίζουν σε μεγάλο βαθμό την τελική έκβαση της διαγωνιστικής διαδικασίας υπέρ ανταγωνιστικών αυτής

### **Αριθμός απόφασης: 1154 / 2018**

οικονομικών φορέων. Η αδυναμία των προϊόντων της προσφεύγουσας να ανταποκριθούν στις απαιτήσεις της διακήρυξης, έτσι όπως αυτή είναι διατυπωμένη και ειδικότερα η απαίτηση προϊόντων/αναλωσίμων κλπ που δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο, τα οποία η προσφεύγουσα δεν διαθέτει, ήτοι άνευ εργοστασιακού απορρήτου, δίνει τη δυνατότητα σε ανταγωνίστριες αυτής εταιρείας, να συμμετέχουν στην υπόψη διαγωνιστική διαδικασία, συμμορφούμενες στις τεθείσες τεχνικές προδιαγραφές και για το τμήμα του διαγωνισμού που αφορά στην προμήθεια του μηχανήματος τεχνητού νεφρού αιμοδιήθησης - αιμοδιαδιήθησης και on-line μεθόδων. Κατά την ανωτέρω εκτεθείσα έννοια, η προσφεύγουσα πράγματι επικαλείται με επαρκή τεκμηρίωση την ύπαρξη βλάβης σε βάρος της από τους προσβαλλόμενους όρους της διακήρυξης, στοιχειοθετώντας βάσιμα το έννομο συμφέρον της.

17. Επειδή, εντέλει η προσφεύγουσα στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι η ίδια συνιστά εταιρία που δραστηριοποιείται στην εμπορία προϊόντων όμοιων/συναφών με αυτό της υπόψη σύμβασης, έχοντας αναλάβει την εκτέλεση πολλών σχετικών δημόσιων διαγωνισμών, με αποτέλεσμα να έχει ενεργό ενδιαφέρον για την υποβολή προσφοράς στον υπόψη διαγωνισμό, όπως και δικαίωμα συμμετοχής σε αυτόν, δικαίωμα το οποίο κωλύεται αν όχι εξαλείφεται εκ των ως άνω προσβαλλόμενων όρων.

18. Επειδή, στις διατάξεις του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), στην παράγραφο 1 αυτού ορίζεται 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 αιεφόρου ανάπτυξης. [...]». (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.11.1999, Υπόθεση C-275/98, Unitron Scandinavia A/S, σκέψη 31· ΔΕΕ, Απόφαση της 7.12.2000,

### **Αριθμός απόφασης: 1154 / 2018**

Υπόθεση C-324/98, Telaustria Verlags GmbH, σκέψη 61· ΔΕΕ, Απόφαση της 18.06.2002, Υπόθεση C-92/00, Stadt Wien, σκέψη 45).

19. Επειδή, στο άρθρο 54 «Τεχνικές προδιαγραφές (άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/Ε.Ε), παράγραφοι 2 έως 4 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «2. Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των συμβάσεων στον ανταγωνισμό. 3. Οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται με έναν από τους κατωτέρω τρόπους: α) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, συμπεριλαμβανομένων των περιβαλλοντικών χαρακτηριστικών, υπό την προϋπόθεση ότι οι παράμετροι είναι επαρκώς προσδιορισμένες ώστε να επιτρέπουν στους προσφέροντες να προσδιορίζουν το αντικείμενο της σύμβασης και στις αναθέτουσες αρχές να αναθέτουν τη σύμβαση, β) με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και, με σειρά προτεραιότητας, σε εθνικά πρότυπα που αποτελούν μεταφορά ευρωπαϊκών πρότυπων, σε ευρωπαϊκές τεχνικές εγκρίσεις, σε κοινές τεχνικές προδιαγραφές, σε διεθνή πρότυπα, σε άλλα τεχνικά συστήματα αναφοράς που έχουν θεσπιστεί από ευρωπαϊκούς οργανισμούς τυποποίησης ή -όταν αυτά δεν υπάρχουν- σε εθνικά πρότυπα, σε εθνικές τεχνικές εγκρίσεις ή σε εθνικές τεχνικές προδιαγραφές στον τομέα του σχεδιασμού, του υπολογισμού και της εκτέλεσης των έργων και της χρησιμοποίησης των αγαθών, κάθε παραπομπή συνοδεύεται από τον όρο ή «ισοδύναμο», γ) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις κατά τα οριζόμενα στην περίπτωση α', με παραπομπή, ως τεκμήριο συμβατότητας προς τις εν λόγω επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β', δ) με παραπομπή στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' για ορισμένα χαρακτηριστικά και με παραπομπή στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις που αναφέρονται στην περίπτωση α' για ορισμένα άλλα χαρακτηριστικά. 4. Οι τεχνικές προδιαγραφές, εκτός εάν δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, δεν περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που να

### **Αριθμός απόφασης: 1154 / 2018**

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» [...].

20. Επειδή, στις παραγράφους 1β) και 2 του Παραρτήματος VIII («Ορισμός ορισμένων τεχνικών προδιαγραφών») του Προσαρτήματος Α' του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «Για τους σκοπούς του Βιβλίου Ι νοούνται ως: 1. «τεχνική προδιαγραφή»: ένα από τα ακόλουθα: α) [...], β) όταν πρόκειται για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών ή υπηρεσιών: η προδιαγραφή που περιέχεται σε έγγραφο το οποίο προσδιορίζει τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά ενός προϊόντος ή μιας υπηρεσίας, όπως τα επίπεδα ποιότητας, τα επίπεδα της περιβαλλοντικής και κλιματικής επίδοσης, ο σχεδιασμός για όλες τις απαιτήσεις (συμπεριλαμβανομένης της δυνατότητας πρόσβασης για τα άτομα με αναπηρία), και η αξιολόγηση της συμμόρφωσης, της καταλληλότητας, της χρήσης του προϊόντος, της ασφάλειας ή των διαστάσεών του, συμπεριλαμβανομένων των απαιτήσεων που ισχύουν για το προϊόν όσον αφορά την ονομασία πώλησης, την ορολογία, τα σύμβολα, τις δοκιμές και μεθόδους δοκιμών, τη συσκευασία, τη σήμανση και την επίθεση ετικετών, τις οδηγίες για τους χρήστες, τις διαδικασίες και μεθόδους παραγωγής σε οποιοδήποτε στάδιο του κύκλου ζωής του αγαθού ή της υπηρεσίας, καθώς και τις διαδικασίες αξιολόγησης της συμμόρφωσης· 2. «πρότυπο»: η τεχνική προδιαγραφή που έχει εγκριθεί από αναγνωρισμένο οργανισμό με δραστηριότητα τυποποίησης, για επαναλαμβανόμενη ή διαρκή εφαρμογή, της οποίας όμως η τήρηση δεν είναι υποχρεωτική και εμπίπτει σε μία από τις ακόλουθες κατηγορίες: α) «διεθνές πρότυπο»: πρότυπο που έχει εγκριθεί από διεθνή οργανισμό τυποποίησης και έχει τεθεί στη διάθεση του κοινού· β) «ευρωπαϊκό πρότυπο»: πρότυπο εγκεκριμένο από ευρωπαϊκό οργανισμό

### **Αριθμός απόφασης: 1154 / 2018**

τυποποίησης που έχει τεθεί στη διάθεση του κοινού· γ) «εθνικό πρότυπο»: πρότυπο που έχει εκδοθεί από εθνικό οργανισμό τυποποίησης και έχει τεθεί στη διάθεση του κοινού».

21. Επειδή, η με αριθμ. ΔΥ7/οικ.2480/19.08.1994 Κοινή Απόφαση των Υπουργών Εθνικής Οικονομίας, Υγείας, Πρόνοιας και Κοινωνικών Ασφαλίσεων και Βιομηχανίας Ενέργειας και Τεχνολογίας με τίτλο: «Εναρμόνιση της Ελληνικής Νομοθεσίας προς την Οδηγία 93/42/ΕΟΚ/14.06.1993 του Συμβουλίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης που αφορά στα Ιατροτεχνολογικά Προϊόντα», στα οποία συγκαταλέγονται και τα προς προμήθεια προϊόντα (ΦΕΚ Β΄/679/13.9.1994 και διόρθωση σφαλμάτων ΦΕΚ Β΄/755/07.10.1994 και ΦΕΚ Β΄/757/10.10.1994), ορίζει στην παράγραφο 1 του άρθρου 4 τα εξής: «1. Δεν εμποδίζεται η διάθεση στο εμπόριο και έναρξη χρήσεως των προϊόντων που φέρουν την σήμανση CE που προβλέπεται στο άρθρο 15 και η οποία δηλώνει ότι τα προϊόντα έχουν αποτελέσει αντικείμενο αξιολόγησης της πιστότητας σύμφωνα με το άρθρο 9.» [βλ. αντίστοιχες διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 4 της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 14ης Ιουνίου 1993 περί των ιατροτεχνολογικών προϊόντων (ΕΕ L 169, σελ. 1)]. Περαιτέρω, στο άρθρο 5 της ως άνω κοινής υπουργικής απόφασης, ορίζονται τα εξής: «1. Τα προϊόντα που ανταποκρίνονται στα αντίστοιχα Ελληνικά εθνικά πρότυπα, που θεσπίζονται κατ' εφαρμογή των εναρμονισμένων προτύπων, των οποίων τα στοιχεία αναφοράς έχουν δημοσιευθεί στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, θεωρούνται ότι συμμορφώνονται προς τις βασικές απαιτήσεις, που αναφέρονται στο άρθρο 3. Οι αρμόδιες ελληνικές υπηρεσίες δημοσιεύουν τα στοιχεία αναφοράς των Ελληνικών Εθνικών προτύπων. 2. Για τους σκοπούς της παρούσας απόφασης, η παραπομπή στα εναρμονισμένα πρότυπα περιλαμβάνει επίσης τις μονογραφίες της Ευρωπαϊκής Φαρμακοποιίας ιδίως τις σχετικές με τα χειρουργικά ράμματα καθώς και τα θέματα της αλληλεπίδρασης μεταξύ φαρμάκων και υλικών, που αποτελούν συστατικά των περιεκτών εντός των οποίων περιέχονται αυτά τα φάρμακα, και των οποίων μονογραφιών τα στοιχεία αναφοράς έχουν δημοσιευθεί στην Επίσημη Εφημερίδα της

### **Αριθμός απόφασης: 1154 / 2018**

Ευρωπαϊκής Ένωσης. 3. Σε περίπτωση, που από την αρμόδια Αρχή, ή από την Επιτροπή της Ευρωπαϊκής Ένωσης κριθεί ότι τα εναρμονισμένα πρότυπα δεν ανταποκρίνονται πλήρως προς τις βασικές απαιτήσεις, που αναφέρονται στο άρθρο 3, τα μέτρα που πρέπει να ληφθούν από την Αρμόδια Αρχή όσον αφορά στα πρότυπα αυτά, καθώς και η δημοσίευση που αναφέρεται στην παράγραφο 1, αποφασίζονται από την Επιτροπή της Ευρωπαϊκής Ένωσης σύμφωνα με τη διαδικασία του άρθρου 6 παράγραφος 2, της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ. 4. [...]» (βλ. αντίστοιχες διατάξεις του άρθρου 5 της πιο πάνω Οδηγίας). Τέλος, στο άρθρο 6, παράγραφοι 1 και 2 της ίδιας Κοινής Υπουργικής Αποφάσεως, ορίζονται τα εξής: «1. Όταν η Αρμόδια Αρχή διαπιστώνει ότι προϊόντα που αναφέρονται στο άρθρο 4 παράγραφος 1 και παράγραφος 2 περίπτωση δεύτερη, ενώ είναι εγκατεστημένα και συντηρούνται ορθά και χρησιμοποιούνται σύμφωνα με τον προορισμό τους, είναι ενδεχόμενο να θέσουν σε κίνδυνο την υγεία ή/και την ασφάλεια των ασθενών, των χρηστών ή, κατά περίπτωση, άλλων προσώπων, λαμβάνει όλα τα αναγκαία προσωρινά μέτρα προκειμένου να αποσύρει τα εν λόγω προϊόντα από την αγορά, να απαγορεύσει ή να περιορίσει την διάθεσή τους στο εμπόριο ή την έναρξη της χρήσης τους. Η αρμόδια Αρχή κοινοποιεί αμέσως τα εν λόγω μέτρα στην Επιτροπή της Ευρωπαϊκής Ένωσης και αναφέρει τους λόγους που την οδήγησαν στη λήψη αυτής της απόφασης και, ειδικότερα, εάν η μη συμμόρφωση με την παρούσα οδηγία είναι αποτέλεσμα: α) της μη συμμόρφωσης προς τις βασικές απαιτήσεις που αναφέρονται στο άρθρο 3, β) της κακής εφαρμογής των προτύπων που αναφέρονται στο άρθρο 5, εφόσον προβάλλονται ισχυρισμοί περί εφαρμογής των εν λόγω προτύπων, γ) της ύπαρξης κενού στα παραπάνω αναφερόμενα πρότυπα. 2. Με μέριμνα της Αρμόδιας Αρχής, σε συνέχεια των προσωρινών μέτρων της προηγούμενης παραγράφου, μετά τη γνωμοδότηση της Επιτροπής της Ευρωπαϊκής Ένωσης, η οποία επιλαμβάνεται σχετικώς με την διαδικασία που προβλέπεται στο άρθρο 8 της Οδηγίας 93/42 ΕΟΚ, λαμβάνονται τα οριστικά μέτρα, σύμφωνα με την παραπάνω γνωμοδότηση».

## **Αριθμός απόφασης: 1154 / 2018**

22. Επειδή, οι διατάξεις που προαναφέρθηκαν, καθιερώνουν με τον κανόνα ότι οι τεχνικές προδιαγραφές των ειδών που αποτελούν το αντικείμενο δημοσίων προμηθειών, πρέπει καταρχήν να καθορίζονται με την αναφορά σε σχετικά - εκ των προτέρων αναγνωρισμένα - εθνικά και διεθνή πρότυπα, πλην όμως είναι δυνατή, είτε η θέσπιση με τη Διακήρυξη αυστηρότερων έναντι των περιλαμβανομένων στα οικεία τεχνικά πρότυπα τεχνικών προδιαγραφών, είτε ο έλεγχος των δειγμάτων από το αρμόδιο για την αξιολόγηση όργανο, πέραν της συμφωνίας αυτών με το πρότυπο ISO ή της σήμανσης CE, εφόσον συντρέχουν ειδικοί προς τούτο λόγοι, που σχετίζονται με την προστασία της υγείας αλλά και το είδος της χρήσης, για την οποία προορίζονται τα προς προμήθεια είδη.

23. Επειδή, έτι περαιτέρω, με την απόφαση του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων της 14ης Ιουνίου 2007 [C-6/2005, MedipacΚαζαντζίδης ΑΕ κατά Βενιζελείου-Παναγιώτου (ΠΕ.Σ.Υ.Κρήτης)] κρίθηκε, καθ' ερμηνεία των άρθρων 1, 2, 4, 5 παρ.1-3, 8, 10, 14β, 17 παρ.1 και 18 της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 14ης Ιουνίου 1993 (L.169), όπως τροποποιήθηκε με τον Κανονισμό (ΕΚ) 1882/2003 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 29ης Σεπτεμβρίου 2003 και η οποία μεταφέρθηκε στην ελληνική έννομη τάξη με την ως άνω αναφερόμενη ΔΥ7/οικ.2480/19-8-1994 Κοινή Απόφαση των Υπουργών Εθνικής Οικονομίας, Υγείας, Πρόνοιας και Κοινωνικών Ασφαλίσεων και Βιομηχανίας, Ενέργειας και Τεχνολογίας (Β' 679), ότι «η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή, η οποία κίνησε διαδικασία διαγωνισμού για την προμήθεια ιατροτεχνολογικών προϊόντων και διευκρίνισε ότι τα προϊόντα αυτά πρέπει να είναι σύμφωνα προς την ευρωπαϊκή φαρμακοποιία και να φέρουν την σήμανση CE, να απορρίψει, για λόγους προστασίας της δημόσιας υγείας, άνευ ετέρου και εκτός του πλαισίου της διαδικασίας διασφάλισης που προβλέπουν τα άρθρα 8 και 18 της ως άνω Οδηγίας, τα προτεινόμενα... [ιατροτεχνολογικά προϊόντα], εφ' όσον πληρούν τον εν λόγω απαιτούμενο τεχνικό όρο» και ότι «αν η αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι τα... [προϊόντα] αυτά



### **Αριθμός απόφασης: 1154 / 2018**

ενέχουν κινδύνους για τη δημόσια υγεία, οφείλει να ενημερώσει σχετικώς τον αρμόδιο εθνικό οργανισμό, προκειμένου να κινηθεί η εν λόγω διαδικασία διασφάλισης» (βλ. και ΣΤΕ 3207, 2630, 2622, 839/2008, 2438/2007 , ΕΑ ΣΤΕ 766/2010, 70/2009, 978, 631/2008, 1320/2007). [500/2014 ΔΕφΑθ Σκέψη 5].

24. Επειδή, κατά πάγια νομολογία γίνεται δεκτό ότι, ακόμα κι αν η αναθέτουσα αρχή είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση της σύμβασης, καθορίζοντας τους όρους, τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, με αποτέλεσμα η θέσπιση με την διακήρυξη των όρων και προδιαγραφών που η αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της να μη συνιστά παράβαση των κανόνων ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν των διαγωνιζομένων, των οποίων η προσφορά δεν πληροί τις προδιαγραφές αυτές, (ΣΤΕ Ε.Α. 9/2015, 354/2014, 1140/2010 κ.ά.), οι επίμαχες προδιαγραφές και οι όροι της διακήρυξης πρέπει να ελέγχονται από απόψεως τηρήσεως της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (ΣΤΕ Ε.Α. 9/2015, 354/2014, 415/14, 257/2010 κ.ά.).

25. Επειδή, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 54 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, (βλ. σκέψη 13), που ενσωμάτωσε στην εθνική έννομη τάξη την αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, οι τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης θα πρέπει 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 όρους που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα και της ενσωμάτωσης σε αυτές 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

### **Αριθμός απόφασης: 1154 / 2018**

την ανάθεση, όταν, μεταξύ άλλων, δε συνδέεται με το αντικείμενο της σύμβασης (Αιτιολογική σκέψη 46 Προοιμίου Αριθμός απόφασης: 583/2018 15 Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ΔΕΕ, Απόφαση της 17.11.2002, Υπόθεση C-513/99 Concordia, σκέψεις 59 και 65· ΔΕΕ, Απόφαση της 4.12.2003, Υπόθεση C448/01, Wienstrom, σκέψη 34 κλπ) ή παραβιάζει αρχές του ενωσιακού δικαίου, όπως της ίσης μεταχείρισης (ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54· ΔΕΕ, Αποφάσεις της 27.11.2001, Υποθέσεις C-285/99 και C-286/99, Impresa Lombardini SpA, σκέψη 37· ΔΕΕ, Απόφαση της 19.06.2003, Υπόθεση C-315/01, GAT, σκέψη 73· ΔΕΕ Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική, σκέψη 45· ΔΕΕ, Απόφαση της 12.03.2015, C-538/13, eVigilo, σκέψη 33· ΔΕΕ, Απόφαση της 06.11.2014, Υπόθεση C-42/13, Cartiera dell'Adda, σκέψη 44· ΔΕΕ Απόφαση της 24.05.2016, Υπόθεση C-396/14, MT Højgaard A/S, Züblin A/S, σκέψη 37 κλπ).

26. Επειδή, όπως συνάγεται από τα ανωτέρω, οι τιθέμενες δια της Διακήρυξης τεχνικές προδιαγραφές, αποτελούν τεχνικές προδιαγραφές τις οποίες ο διαγωνιζόμενος πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να διαθέτει και δεν είναι ασύνδετες ή δυσανάλογες με το αντικείμενο του διαγωνισμού (ΔΕΕ, Απόφαση της 10.05.2012, Υπόθεση, C-368/10 Επιτροπή κατά Βασιλείου Κάτω Χωρών, σκέψη 74). Η δε εφαρμογή των τεχνικών προδιαγραφών, που θα πρέπει να έχουν γίνει εκ των προτέρων και έγκαιρα γνωστές σε ευρύ κύκλο προσώπων και να μην πριμοδοτούν αθέμιτα ορισμένα προϊόντα έναντι άλλων, δέον να είναι οριζόντια, υπό την έννοια ότι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, οι υποψήφιοι θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας (Απόφαση ΑΕΠΠ 93/2017, Απόφαση ΑΕΠΠ 128/2017, Απόφαση ΑΕΠΠ 169/2017 κλπ).

27. Επειδή, οι όροι του διαγωνισμού οφείλουν να είναι σαφείς και πλήρεις και να μην επιδέχονται παρερμηνειών (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 53/2007). Εξάλλου, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (ΣΤΕ ΕΑ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη,

### **Αριθμός απόφασης: 1154 / 2018**

δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι της ολοκλήρωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 294/2010, 78/200, 181/2006, 19/2005, 31/2003, 105/2003). Υπό την έννοια αυτή, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της Διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοϋκτικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των υποψηφίων.

28. Επειδή, ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι οι τιθέμενες (5β) και (23) Τεχνικές Προδιαγραφές Μηχανημάτων Τεχνητού Νεφρού Αιμοδιήθησης Αιμοδιαδιήθησης και ON-LINE Μεθόδων της επίμαχης Διακήρυξης τεχνικές προδιαγραφές των προς προμήθεια ειδών, α) αποκλείουν εκ προοιμίου και κατά τρόπο παράνομο και αυθαίρετο κάθε μηχανήμα σύγχρονης τεχνολογίας από τον επίμαχο Διαγωνισμό με αυτόνομες δυσμενείς συνέπειες σε βάρος των ασθενών, αλλά και σε βάρος των δημόσιων ..... και του δημόσιου συστήματος υγείας, β) περιορίζουν αναίτιολόγητα τον ανταγωνισμό, θέτοντας αδικαιολόγητα προσκόμματα ως προς τη δυνατότητα συμμετοχής στο διαγωνισμό εν δυνάμει διαγωνιζομένων, γ) προσδιορίζουν κατά τρόπο αθέμιτο προϊόντα ορισμένης κατασκευής ή προέλευσης ή μεθόδους επεξεργασίας, ευνοώντας συγκεκριμένα προϊόντα και συγκεκριμένους κατασκευαστικούς οίκους και επιχειρήσεις έναντι εν δυνάμει διαγωνιζομένων, συμπεριλαμβανομένης της εταιρίας τους και δ) εφόσον ο προκείμενος διαγωνισμός διενεργείται κατά το σύστημα της χαμηλότερης προσφοράς, η Αναθέτουσα Αρχή δεν δύναται να αξιώνει για τα προς προμήθεια είδη την πλήρωση επιπρόσθετων τεχνικών προδιαγραφών πέραν της σημάνσεως CE, την οποία φέρουν τα προϊόντα της εταιρείας τους, μέσω της οποίας δηλώνεται ότι τα είδη αυτά ανταποκρίνονται στα εναρμονισμένα πρότυπα και ως εκ τούτου δια των προσβαλλομένων τεχνικών προδιαγραφών τίθενται και παρεμβάλλονται εμπόδια που φθάνουν

### **Αριθμός απόφασης: 1154 / 2018**

μέχρι τον ανεπίτρεπτο και παράνομο αποκλεισμό διαθέσεως στο εμπόριο προϊόντων που φέρουν σήμανση CE. Περαιτέρω, όσον αφορά στην υπ' αρ. 8 τεχνική προδιαγραφή, η οποία αξιώνει «να έχει ενσωματωμένο σύστημα εφαρμογής αιμοκάθαρσης με Μονή Βελόνα τόσο με μία, όσο και με δύο αντλίες», η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι έχει τεθεί αυθαίρετα και κατά παράβαση των αρχών της διαφάνειας, της αναλογικότητας, της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων και της μη νόθευσης του ελεύθερου ανταγωνισμού, δεδομένου ότι η συγκεκριμένη προδιαγραφή ουδόλως εξασφαλίζει οιοδήποτε θεραπευτικό αποτέλεσμα για τον ασθενή και δεν στηρίζεται σε και δεν απαιτείται από διεθνή πρότυπα ή τεχνικά συστήματα αναφοράς που έχουν θεσπιστεί από ευρωπαϊκούς ή εθνικούς οργανισμούς τυποποίησης.

29. Επειδή, με την Παρέμβασή της, η παρεμβαίνουσα εταιρεία «.....» επιδιώκει, όπως απορριφθεί καθ' ολοκληρίαν η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή και διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης Διακήρυξης, καθόσον, όπως υποστηρίζει, οι επίμαχες τεχνικές προδιαγραφές, σκοπούν ευλόγως στην προμήθεια «ανοικτού τύπου μηχανημάτων αιμοκάθαρσης» και εντεύθεν στην πλήρη διασφάλιση της δυνατότητας του υπόψη ..... να προμηθεύεται ελεύθερα τα απαιτούμενα αναλώσιμα από οποιοδήποτε γνωστό κατασκευαστικό οίκο καθ' όλη τη διάρκεια ζωής των μηχανημάτων, έτσι ώστε η συνεχής και απρόσκοπτη λειτουργία τους να μην παρεμποδίζεται από το τυχόν υψηλό κόστος ή ακόμη και από την ύπαρξη ή τη διαθεσιμότητα αναλωσίμων συγκεκριμένου κατασκευαστή στο μέλλον. Μάλιστα, η παρεμβαίνουσα διευκρινίζει ότι η προμήθεια των αναλωσίμων καθ' όλη τη διάρκεια ζωής των μηχανημάτων (ιδιοκτησίας πλέον του .....), θα έπρεπε στην περίπτωση της ακύρωσης των προσβαλλόμενων όρων, να πραγματοποιείται αναγκαστικώς από τον προμηθευτή του μηχανήματος. Κατά συνέπεια, διατυπώνει η παρεμβαίνουσα ότι τον τελευταίο λόγο στη διαμόρφωση των τιμών έχει ο Κατασκευαστής Οίκος, δεδομένου ότι διαθέτει το σχετικό μονοπώλιο (λόγω του εργοστασιακού απορρήτου) των φίλτρων, των αρτιοφλεβικών γραμμών και των φυσίγγων, τα οποία οι τρίτες

### **Αριθμός απόφασης: 1154 / 2018**

εταιρίες αναγκαστικώς θα πρέπει να προμηθεύονται από τον ίδιο. Κατά δεύτερον, η δυνατότητα ενδεχομένως προσφοράς, σε δεδομένη χρονική στιγμή, αναλωσίμων από τρίτες εταιρίες λόγω πραγματοποίησης παράλληλων εισαγωγών, ακόμη και όταν είναι σε τιμή ανταγωνιστική, δεν εξασφαλίζει επ' ουδενί τη διαθεσιμότητα των εν λόγω υλικών και, συνακόλουθα, τη συνεχή και ακώλυτη προμήθεια τους για την απρόσκοπτη λειτουργία των μηχανημάτων καθ' όλη τη διάρκεια της ζωής τους, διότι οι παράλληλες εισαγωγές έχουν έκτακτο και αποσπασματικό χαρακτήρα. Η προμήθεια εντέλει, υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα στην υπό κρίση Παρέμβαση της, τόσο των φυσίγγων όσο και των αρτιοφλεβικών γραμμών μπορεί να αποτελέσει αυτοτελές διαγωνιστικό αντικείμενο, ανεξάρτητο από την προμήθεια των φίλτρων, εντούτοις υπό τα ως άνω δεδομένα, και μεν η προμήθεια των αναλωσίμων δεν εντάσσεται στο αντικείμενο του ένδικου διαγωνισμού όπως η προσφεύγουσα προβάλλει, πλην όμως, αυτονοήτως, συνδέεται άρρηκτα με την κατά προορισμό χρήση και λειτουργία των υπό προμήθεια μηχανημάτων. Εν κατακλείδι, η παρεμβαίνουσα καταγγέλλει ότι για τον λόγο ακριβώς αυτό, οι προμηθευτές «κλειστού τύπου» μηχανημάτων συμβαίνει να προσφέρουν χαμηλή τιμή για το μηχάνημα, διότι, εάν αναδειχθούν προμηθευτές, γνωρίζοντας εκ των προτέρων και προσδοκώντας ότι η αναθέτουσα αρχή θα είναι πλέον αναγκασμένη να καταβάλλει το οποιοδήποτε κόστος για συγκεκριμένα - καλυπτόμενα από πατέντα - αναλώσιμα, καθώς δεν θα διαθέτει δυνατότητα επίτευξης ευνοϊκότερων γι' αυτήν προσφορών, με τελικό αποτέλεσμα να μπορούν να διαμορφώνουν τις τιμές τους σε τέτοιο ύψος που να καλύπτει και τη διαφορά επί της αξίας του Μηχανήματος αλλά και να τους εξασφαλίζει υψηλά κέρδη. Σε ό,τι αφορά το διαγωνιστικό σύστημα της «τιμής ανά εξέταση ή θεραπευτική πράξη» (άρθρο 7 παρ. 1 του ν. 2955/2001) θεσμοθετήθηκε όχι για να αποτελέσει διαδικασία προμήθειας αποκλειστικά για μηχανήματα «κλειστού τύπου», διάφορη από τις διαγωνιστικές διαδικασίες για τα «ανοικτού τύπου» μηχανήματα, αλλά διαδικασία με την οποία, λόγω ακριβώς της επελθούσας μέχρι τη δημοσίευση του νόμου κατασπατάλησης του δημοσίου χρήματος από την προμήθεια

### **Αριθμός απόφασης: 1154 / 2018**

«κλειστού τύπου» μηχανημάτων, ελήφθη (νομοθετική πλέον) μέριμνα ώστε στην προσφερόμενη τιμή της οικονομικής προσφοράς του υποψηφίου να συμπεριλαμβάνονται αναλώσιμα + συνοδός εξοπλισμός (είτε «ανοικτού», είτε «κλειστού» τύπου) + συντήρηση κ.λπ. Διότι, περαιτέρω, ισότιμη και αντικειμενική αντιμετώπιση μεταξύ υποψηφίων που προσφέρουν αφ' ενός «ανοικτού τύπου» και αφ' ετέρου «κλειστού τύπου» μηχανήματα δύναται να υπάρξει, υποστηρίζει η προσφεύγουσα, μόνο στην περίπτωση που τα εν λόγω μηχανήματα παραχωρούνται για τη χρονική διάρκεια ισχύος της σύμβασης ως συνοδός εξοπλισμός και, εν συνεχεία, επιστρέφονται στον προμηθευτή μετά τη λήξη της (υπό το σύστημα της «τιμής ανά εξέταση») και όχι, όταν το αντικείμενο της διαγωνιστικής διαδικασίας είναι η απόκτηση της κυριότητας των μηχανημάτων από το .....[ επιχείρημα e contrario από την Ε.Α.ΣΤΕ 618/2003, σκέψη 6 ], όπως συμβαίνει εν προκειμένω.

30. Επειδή, σχετικά θα πρέπει να σημειωθεί ότι στη διάταξη του άρθρου 6 με τίτλο Απαγόρευση δωρεών του Ν. 2955/2001 με τίτλο Προμήθειες ..... και λοιπών μονάδων υγείας των Πε.Σ.Υ. και άλλες διατάξεις (ΦΕΚ 256/τ.Α'), όπως τροποποιήθηκε και ισχύει, ορίζεται ότι: «Τα Πε.Σ.Υ. και οι αποκεντρωμένες μονάδες τους, καθώς και τα ..... της παρ. 10 του άρθρου 13 του Ν. 2889/2001, απαγορεύεται να αποδέχονται δωρεές με αντικείμενο την παραχώρηση της κυριότητας ή της χρήσης ιατροτεχνολογικών μηχανημάτων, που επιδέχονται αντιδραστήρια και αναλώσιμα υλικά συγκεκριμένης μόνο εταιρίας ή συνδεδεμένων με αυτή εταιριών. Εξάιρεση συγχωρείται μόνο όταν η δωρεά περιλαμβάνει και τα αναλώσιμα υλικά και αντιδραστήρια, καθώς και το κόστος συντήρησης, για όλο το χρονικό διάστημα που πρόκειται να χρησιμοποιηθεί το μηχάνημα». Περαιτέρω, στο άρθρο 7 με τίτλο Διαγωνισμός με προσφορά τιμής ανά εξέταση ή πράξη, παρ. 1 του ίδιου Νόμου, ορίζεται ότι: «Οι ανάγκες των Πε.Σ.Υ. και των αποκεντρωμένων μονάδων τους, καθώς και οι ανάγκες των διασυνδεδεμένων με τα Πε.Σ.Υ. ...., μπορεί να καλύπτονται με τη διενέργεια διαγωνισμών για την αγορά ή τη μίσθωση ιατροτεχνολογικών μηχανημάτων και αναλωσίμων, με τη μέθοδο της προσφοράς από τους

### **Αριθμός απόφασης: 1154 / 2018**

προμηθευτές τιμής ανά εργαστηριακή εξέταση ή διαγνωστική ή θεραπευτική πράξη ή καθορισμένα σύνολα εργαστηριακών εξετάσεων ή διαγνωστικών ή θεραπευτικών πράξεων. Η προσφερόμενη τιμή περιλαμβάνει την παραχώρηση των μηχανημάτων, των αντιδραστηρίων, του αναλώσιμου υλικού και της συντήρησης για όλο το χρονικό διάστημα της σύμβασης».

31. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, προκύπτει ότι η απαγόρευση διάθεσης στο Δημόσιο «κλειστού τύπου» μηχανημάτων, αποτέλεσε αντικείμενο ειδικής νομοθετικής μέριμνας, τούτο δε διασφαλίσθηκε, κατά τους σαφείς σκοπούς του Έλληνα νομοθέτη, αφ' ενός, με την απαγόρευση δωρεάς τέτοιων μηχανημάτων (άρθρο 6 του Ν. 2955/2001) και αφ' ετέρου, με τον περιορισμό των περιπτώσεων προμήθειάς τους από το Δημόσιο, μόνο στην εξαιρετική περίπτωση του διαγωνιστικού συστήματος της «τιμής ανά εργαστηριακή εξέταση ή θεραπευτική πράξη» (άρθρο 7 παρ. 1 του Ν. 2955/2001), όπου στην οικονομική προσφορά του υποψηφίου περιλαμβάνονται και τα αναλώσιμα και ο συνοδός εξοπλισμός. Περαιτέρω, ο νόμος δεν επιβάλλεται να διαλαμβάνει ρητή πρόβλεψη για κάτι που αυτονοήτως συνάγεται από τις ρυθμίσεις του, δηλαδή, εν προκειμένω, δεν μπορεί αφενός να απαγορεύεται η δωρεά «κλειστού τύπου» μηχανημάτων (ήτοι η απόκτησή τους άνευ καταβολής οιοδήποτε ανταλλάγματος) και αφ' ετέρου να είναι νόμιμη η διαγωνιστική διαδικασία για την απόκτησή τους εξ επαχθούς αιτίας, ήτοι με καταβολή τιμήματος. Διότι και στην περίπτωση που η αγορά εκ μέρους του ..... «κλειστού τύπου» μηχανημάτων ήταν διαγωνιστικό αποτέλεσμα, τότε και πάλι θα επέρχονταν οι ίδιες ακριβώς συνέπειες για τις οποίες απαγορεύτηκε η δωρεά.

32. Επειδή, βάσει των όσων έγιναν δεκτά στις σκ. 21, 22, 23, 24 της παρούσας, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, ότι δεν επιτρέπεται η εισαγωγή σε διακηρύξεις που αποσκοπούν στην προμήθεια ιατροτεχνολογικών προϊόντων ιδίως όταν το κριτήριο αναθέσεως είναι αποκλειστικά βάσει της χαμηλότερης τιμής τεχνικών προδιαγραφών, οι οποίες αποκλείουν ιατροτεχνολογικά προϊόντα τα οποία φέρουν τη σήμανση CE, προβάλλεται αβασίμως, αφού δεδομένου ότι η πιστοποίηση ποιότητας CE δεν

### **Αριθμός απόφασης: 1154 / 2018**

αναιρεί το ενδεχόμενο κάθε πιστοποιημένο μηχάνημα να έχει διαφορετικές δυνατότητες που μπορούν να εξυπηρετήσουν διαφορετικές ανάγκες της αναθέτουσας αρχής (βλ. ΕΠΑνΣΤΕ 1115/2008, 390/2008) συνεπάγεται ότι οι επίμαχες τεχνικές προδιαγραφές δεν παραβιάζουν την κοινοτική νομοθεσία, διότι τα προσφερόμενα από τη προσφεύγουσα μηχανήματα δεν οδηγούνται σε αποκλεισμό, αν και διαθέτουν σήμανση CE ή επειδή διαθέτουν πιστοποίηση ποιότητας CE όπως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα αλλά αντιθέτως σε αυτό το πλαίσιο –των πιστοποιημένων προϊόντων κατά CE- η αναθέτουσα αρχή προσδιορίζει τις ανάγκες της μέσω σαφών και εξειδικευμένων όρων/ τεχνικών προδιαγραφών, βασιζόμενη στο συμφέρον της και δη στο δημόσιο συμφέρον που εξυπηρετείται εν προκειμένω από την προμήθεια των αναγκαίων ειδών στη χαμηλότερη προσφερόμενη τιμή.

33. Επειδή, τυχόν απαλοιφή ή τροποποίηση των επίμαχων όρων της οικείας Διακήρυξης όπως αιτείται η προσφεύγουσα, θα μπορούσε, υπό το φως του Ευρωπαϊκού Δικαίου του Ανταγωνισμού, να έχει ως αποτέλεσμα τη δημιουργία δεσπόζουσας θέσης (dominant position) για τους οικονομικούς φορείς που προσφέρουν αναλώσιμα καλυπτόμενα από το «εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής», κατά παράβαση της θεμελιώδους αρχής του ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού. Πιο συγκεκριμένα, με την απαλοιφή των επίμαχων απαιτήσεων, θα δινόταν εξ αντικειμένου η δυνατότητα στους εν λόγω οικονομικούς φορείς να προδιαγράψουν στο δημόσιο Διαγωνισμό, ευνοϊκότερους όρους για αυτούς, σε σχέση με τους λοιπούς διαγωνιζόμενους, εξαναγκάζοντας έμμεσα και την οικεία αναθέτουσα αρχή στην αποδοχή υπερβολικά υψηλού συμβατικού τιμήματος για τα επίμαχα αναλώσιμα - και μάλιστα δυσανάλογα υψηλού ή υπέρογκου σε σχέση με το τίμημα για την απόκτηση του ίδιου του μηχανήματος - για μεγάλο χρονικό διάστημα (ήτοι για όσο χρόνο θα λειτουργεί το συγκεκριμένο μηχάνημα), εξοβελίζοντας συγχρόνως αθέμιτα από την οικεία αγορά όλους τους άλλους ενδιαφερόμενους/ ανταγωνιστές τους (αντιανταγωνιστική σύμπραξη με αντικείμενο τον καθορισμό τιμών και τον περιορισμό της διάθεσης προϊόντος, μονοπώλιο, ολιγοπώλιο κλπ).



### **Αριθμός απόφασης: 1154 / 2018**

34. Επειδή, η προμήθεια αναλωσίμων συνδέεται άρρηκτα με την κατά προορισμό τεχνική χρήση και λειτουργία των υπό προμήθεια μηχανημάτων τεχνητού νεφρού αιμοδιήθησης και αιμοδιαδιήθησης και on line μεθόδων. Περαιτέρω, η προμήθεια μηχανημάτων που καλύπτονται από το «εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής» ως προς τα αναλώσιμά τους, θα οδηγούσε σε υπερβολική τιμολόγηση και κατ' επέκταση σε σημαντική παρακώλυση του ανταγωνισμού, σε σχέση με τα αναλώσιμα των αντίστοιχων μηχανημάτων και συνεπώς, σε ζημία του αγαθού της δημόσιας υγείας (άρθρο 21 παρ.3 Σ).

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

### **Αριθμός απόφασης: 1154 / 2018**

χαρακτηριστικά των υπό προμήθεια ειδών, τα οποία (τεχνικά χαρακτηριστικά) η Αναθέτουσα Αρχή έχει τη διακριτική ευχέρεια να καθορίσει κατόπιν εκτίμησης των αναγκών του ..... (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 616/2012 κ.ά.). Ακόμη, λόγω της αυτοτέλειας κάθε διαγωνιστικής διαδικασίας (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 200/2015 κ.ά.), προβάλλεται ως αλυσιτελής η επίκληση όσων έλαβαν χώρα και έγιναν δεκτά σε άλλους διαγωνισμούς. Τέλος, παρά τα προβαλλόμενα από την προσφεύγουσα, η ταύτιση των πληττόμενων όρων(5β, 23 και 8) με τα τεχνικά χαρακτηριστικά του συστήματος τεχνητού νεφρού που προσφέρει η παρεμβαίνουσα και οι λοιπές κατονομαζόμενες εταιρείες δεν αρκεί για να θεωρηθούν ως «φωτογραφικοί» (πρβλ. Ε.Α. ΣΤΕ 676/2011, 1140/2010 κ.ά.), η δε πιστοποίηση ποιότητας CE δεν αναιρεί το ενδεχόμενο κάθε πιστοποιημένο μηχάνημα να έχει διαφορετικές ιδιότητες που μπορούν να εξυπηρετήσουν διαφορετικές ανάγκες του ..... (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 1115/2008, 390/2008). Κατόπιν τούτων, αβάσιμα προβάλλεται από την προσφεύγουσα το αίτημα να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. .... Διακήρυξη του ..... «.....» ως προς το τμήμα που αφορά τη σύμβαση προμήθειας μηχανημάτων τεχνητού νεφρού αιμοδιήθησης-αιμοδιαδίθησης και on-line μεθόδων για τις συγκεκριμένες τεχνικές προδιαγραφές και για τους λόγους που εμπεριέχει στη Προσφυγή της.

36. Επειδή, ως προς τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι δεν υπάρχει θέμα αυξημένου κόστους για την προμήθεια αναλωσίμων των «κλειστού τύπου» μηχανημάτων, ενόψει και του όρου της διακήρυξης για δέσμευση των υποψηφίων προμηθευτών ότι καθ' όλη τη διάρκεια της ζωής του προσφερόμενου εξοπλισμού θα είναι γνωστές οι τιμές στην Αναθέτουσα Αρχή οι τιμές των αναλωσίμων, επισημαίνεται ότι η δέσμευση του προμηθευτή να γνωστοποιεί απλώς τις εκάστοτε ισχύουσες τιμές ουδέν διασφαλίζει περί του ύψους προμήθειας των αναλωσίμων αυτών καθ' όλη τη διάρκεια ζωής του μηχανήματος, αφού ο επίμαχος όρος δεν κάνει λόγο για δέσμευση του ύψους των τιμών επί δεκαετία. Είναι δε σαφές ότι η διαμόρφωση των τιμών εξαρτάται σε μεγάλο βαθμό από τον Κατασκευαστικό Οίκο, δεδομένου ότι λόγω του εργοστασιακού απορρήτου διαθέτει το σχετικό

### **Αριθμός απόφασης: 1154 / 2018**

μονοπώλιο των πάσης φύσεως αναλωσίμων. Επομένως, και αυτός ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας προβάλλεται αβάσιμα και δεν μπορεί να γίνει δεκτός.

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

### **Αριθμός απόφασης: 1154 / 2018**

νομίμως επιβάλλεται ως κριτήριο κατακύρωσης η χαμηλότερη τιμή προσφοράς (Βλ. ενδεικτικά ΔιοικΕφΑθ Ασφ 885/2012).

38. Επειδή, τέλος, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι εάν ήθελε υποτεθεί ότι η αναθέτουσα αρχή ανήγαγε το θέμα του κόστους των αναλωσίμων που καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής ως τον καθοριστικό παράγοντα που υπαγόρευσε τη θέσπιση της προσβαλλόμενης τεχνικής προδιαγραφής, τότε η όποια εκτίμηση του συναφούς κόστους έπρεπε να λάβει χώρα, κατά τις πάγιες επιταγές της εγχώριας και ευρωπαϊκής νομολογίας, μέσω διαγωνιστικής διαδικασίας με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής. Ο ανωτέρω ισχυρισμός προβάλλεται εσφαλμένα διότι αφενός δεν προκύπτει ότι το κόστος των αναλωσίμων είναι το κυρίαρχο κριτήριο για την αναθέτουσα προκειμένου να θέσει τις συγκεκριμένες τεχνικές προδιαγραφές, αφετέρου το κόστος των αναλωσίμων δεν μπορεί να αποτελέσει κριτήριο αξιολόγησης (π.χ. τεχνικό χαρακτηριστικό, εμπειρία, εγγύηση κ.λ.π.), το οποίο να δύναται να πριμοδοτηθεί βαθμολογικά σε περίπτωση που το κριτήριο ανάθεσης ήταν η πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής. Σε κάθε δε περίπτωση η Αναθέτουσα Αρχή διαθέτει διακριτική ευχέρεια στην επιλογή του κριτηρίου ανάθεσης ανάλογα με τις εκάστοτε ανάγκες που επιδιώκει να εξυπηρετήσει.

39. Επειδή, εντέλει ο ως άνω λόγος σχετικά με το κριτήριο ανάθεσης της υπόψη σύμβασης έχει κριθεί και με την πρόσφατη με αριθμ. 1155/2018 Απόφαση της ΑΕΠΠ επί της με ΓΑΚ – ΑΕΠΠ 1181/12.11.2018 Προδικαστικής Προσφυγής της εταιρείας ..... στο πλαίσιο της ίδιας διαγωνιστικής διαδικασίας και οικείας σύμβασης.

40. Επειδή, κατά τα ως άνω δεδομένα, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, η δε παρέμβαση να γίνει δεκτή.

**Αριθμός απόφασης: 1154 / 2018**

41. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρο 363 Ν.4412/2016).

**Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου του προσφεύγοντος (e-Παράβολο αυτόματης δέσμευσης με .....), ποσού επτακοσίων εβδομήντα ευρώ (770,00€).

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

**Η Πρόεδρος**

**Ο Γραμματέας**

**Μαρία Κων. Μανδράκη**

**Αλέξανδρος Γρυπάρης**