

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)**

**7ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε την 14<sup>η</sup> Οκτωβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Σειραδάκης -Πρόεδρος, Χρυσάνθη Ζαράρη-Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 04.09.2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) – Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/1239/07.09.2020 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «\*\*\*\*\*» (εφεξής προσφεύγων), με έδρα τη \*\*\*\*\*, όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της «\*\*\*\*\*» (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την Προδικαστική Προσφυγή ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί, άλλως οίκοθεν να ανακληθεί ή τροποποιηθεί η με αριθμό \*\*\*\*\*, να απαλειφθούν οι περιοριστικοί τεχνικοί όροι και να επαναδιατυπωθούν αυτοί.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την με αριθμό \*\*\*\*\* πρόσκληση εκδήλωσης ενδιαφέροντος, προσκάλεσε όσους δραστηριοποιούνται στον χώρο και ενδιαφέρονται να καταθέσουν προσφορά, στην \*\*\*\*\*, για την προμήθεια \*\*\*\*\* CPV: \*\*\*\*\* μεταξύ άλλων και για \*\*\*\*\* ποσότητας 7.200.000, συνολικής

## Αριθμός απόφασης: 1336/2020

προϋπολογισθείσας δαπάνης 2.460.240 ευρώ, πλέον ΦΠΑ, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάση της τιμής (χαμηλότερη τιμή). Η προμήθεια υποδιαιρείται σε 13 τμήματα όπου προσφορές μπορούν να υποβάλλονται όχι μόνο για το σύνολο των ζητούμενων ποσοτήτων ανά είδος, αλλά και για μέρος της ποσότητας εκάστου είδους.

2. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης Προσφυγής έχει καταβληθεί e-παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ύψους 12.301,20 ευρώ [βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό \*\*\*\*\*, εκτύπωση του e-παραβόλου από τον διαδικτυακό τόπο της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (ΓΓΠΣ) του Υπουργείου Οικονομικών και εκτύπωση από τον διαδικτυακό τόπο της ΓΓΠΣ, όπου στο πεδίο «κατάσταση» για το οικείο παράβολο, αναγράφεται η ένδειξη «δεσμευμένο» και απόδειξη πληρωμής της ΕΘΝΙΚΗΣ ΤΡΑΠΕΖΑΣ της 04.09.2020].

3. Επειδή, η επίμαχη πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής, ως εκ του αντικειμένου της, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της οικείας διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθ. 345 του ν. 4412/2016.

4. Επειδή, η υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στην ΑΕΠΠ στις 07.09.2020, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη Απόφαση αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του Υπουργείου Υγείας και της αναθέτουσας αρχής στις 26.08.2020, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος I του Π.Δ 39/2017 γ) κοινοποιήθηκε στην αναθέτουσα αρχή από την ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 07.09.2020 σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 361 και 362 του Ν. 4412/2016 και το άρθρου 8-9 του ΠΔ 39/2017.

5. Επειδή, ο προσφεύγων, θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό εξέταση Προδικαστικής Προσφυγής, απορριπτόμενων των οικείων περί του

αντιθέτου ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής -που αφορούν ως άλλωστε η ίδια η αναθέτουσα αρχή αναφέρει, «στο στάδιο της αίτησης προσωρινής προστασίας», και όχι σε επίπεδο οριστικής κρίσης της ΑΕΠΠ, ως κρίνεται με την παρούσα- καθόσον δραστηριοποιείται στον οικείο επιχειρηματικό χώρο, όπου κατά τα εκ μέρους του υπευθύνως δηλούμενα διατηρεί το μοναδικό εργοστάσιο κατασκευής χειρουργικών масκών στην Ελλάδα, είναι η πρώτη Ευρωπαϊκή και Ελληνική μονάδα παραγωγής, που λειτουργεί πλήρως καθετοποιημένα, εξασφαλίζοντας έτσι ένα σταθερά ποιοτικό προϊόν, παράλληλα όλοι οι εργαστηριακοί έλεγχοι διεξάγονται σε Ευρωπαϊκά Εργαστήρια πλήρως πιστοποιημένα και εγκεκριμένα από τα αρμόδια Ευρωπαϊκά Όργανα και καλύπτουν απόλυτα τις προδιαγραφές της EN \*\*\*\*\*, παρά ταύτα, κατά τους ισχυρισμούς του με την ανωτέρω πρόσκληση τίθενται αδικαιολόγητα και χωρίς καμία απολύτως σκοπιμότητα, συγκεκριμένα τεχνικά χαρακτηριστικά που συνεπάγονται μετά βεβαιότητας τον αποκλεισμό συμμετοχής στο διαγωνισμό (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 346,1137/2010, 405, 1305/2009 κ.ά. –βλ. και απόφαση ΔΕΕ της 12.02.2004, C-230/2002, Grossmann Air Service αλλά και μεταξύ άλλων Απόφαση ΑΕΠΠ 1106/2020 7<sup>ου</sup> κλιμακίου Εισηγήτρια Χ. Ζαράρη).». Επομένως, σε συνέχεια των ανωτέρω απορριπτέοι κρίνονται και οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής περί μη εξειδίκευσης των ιδιοτήτων του προϊόντος του προσφεύγοντος, χειρουργικές μάσκες που καλύπτουν τις ευρωπαϊκές προδιαγραφές EN \*\*\*\*\*- που -παρά τα χαρακτηριστικά του αποκλείεται από τον διαγωνισμό. Συνεπώς, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή.

6. Επειδή, στις 10.09.2020 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση Προδικαστικής Προσφυγής προς κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο – με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

7. Επειδή, στις 17.09.2020 η αναθέτουσα αρχή με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις απόψεις της με παράλληλη κοινοποίηση στον προσφεύγοντα.

8. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή, νομίμως και καταρχήν παραδεκτώς εισάγεται ενώπιον του 7<sup>ου</sup>

Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360-365 του ν. 4412/2016, των άρθρων 3-14 του ΠΔ 39/2017 και της με αρ.1458/07.09.2020 Πράξης του Προέδρου του 7<sup>ου</sup> Κλιμακίου.

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την με αρ\*\*\*\*\* απόφαση της, ανέστειλε τη διαγωνιστική διαδικασία, μέχρι την έκδοση απόφασης επί της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής από την ΑΕΠΠ την οποία κοινοποίησε στους ενδιαφερομένους.

10. Επειδή, ο προσφεύγων, ισχυρίζεται ότι «με την ανωτέρω πρόσκληση τίθενται αδικαιολόγητα και χωρίς καμία απολύτως σκοπιμότητα, συγκεκριμένα τεχνικά χαρακτηριστικό όπως το κορδόνι (παρά την περιγραφή του προϊόντος στο κείμενο της πρόσκλησης ενδιαφέροντος ως "\*\*\*\*\*" και επιπρόσθετα η παροχή βακτηριακής προστασίας με εσωτερικό φίλτρο απόδοσης 99,8% BFE, στο 1 *micro*. Ως γνωστόν, \*\*\*\*\* με κορδόνι είναι προτιμητέες μόνο από χειρούργους ενώ για το λοιπό υγειονομικό προσωπικό είναι αυτές με λάστιχο. Επιπλέον, στο σημείο αυτό θα πρέπει να τονισθεί ότι σύμφωνα με το EUROPEAN STANDARD \*\*\*\*\* , θεσπίστηκαν συγκεκριμένες ελάχιστες τεχνικές προδιαγραφές, όπου τα κράτη μέλη οφείλουν να εφαρμόζουν (*This European Standard shall be given the status of a national standard, either by publication of an identical text or by endorsement, at the latest by September 2014 and conflicting national standards shall be withdrawn at the latest by September 2014*). Ειδικότερα, στο άρθρο 5 της οδηγίας αναφέρεται: 5.2.2 *Bacterial filtration efficiency (BFE) When tested in accordance with Annex B, the bacterial filtration efficiency (BFE) of the medical face mask shall conform to the minimum value given for the relevant type in Table 1. και ο σχετικός πίνακας:*

*Table 1 — Performance requirements for medical face masks*

<i>Test</i>	<i>Type Ia</i>	<i>Type II</i>	<i>Type HR</i>
<i>Bacterial filtration efficiency (BFE), (%)</i>	<i>&gt;95</i>	<i>&gt;98</i>	<i>&gt;98</i>
<i>Differential pressure (Pa/cm<sup>2</sup>)</i>	<i>&lt;29,4</i>	<i>&lt;29,4</i>	<i>&lt;49,0</i>
<i>Splash resistance pressure (kPa)</i>	<i>Not required</i>	<i>Not required</i>	<i>&gt;16,0</i>
<i>Microbial cleanliness (cfu/g)</i>	<i>&lt;30</i>	<i>&lt;30</i>	<i>&lt;30</i>

*a Type 1 medical face masks should only be used for patients and other persons to reduce the risk of spread of infections particularly in epidemic or pandemic situations. Type 1 masks are not intended for use by healthcare professionals in an operating room or in other medical settings with similar requirements.*

Σύμφωνα με τον ανωτέρω πίνακα, καθώς και για τη διασφάλιση της αναπνευσιμότητας των χρηστών (Breathability 5.2.3) θα πρέπει να τηρούνται τα ανωτέρω ελάχιστα για τις \*\*\*\*\* . Στις Χειρουργικές Μάσκες Τύπου II το όριο BFE είναι  $>ή=98\%$ .

Εξάλλου είναι δεδομένο και αδιαμφισβήτητο ότι η επίτευξη του κριτηρίου για  $99,8\%$  BFE, δημιουργεί προβλήματα αναπνευσιμότητας στους χρήστες, ενώ παράλληλα δεν υπάρχει κανένας λόγος θέσπισης του εν λόγω κριτηρίου, όπως αποδεικνύεται και από τις ελάχιστες προδιαγραφές που έθεσε η προαναφερόμενη Ευρωπαϊκή Οδηγία. Καθίσταται έτσι σαφές ότι τα τεχνικά χαρακτηριστικά που απαιτεί η προσβαλλόμενη πρόσκληση εκδήλωσης ενδιαφέροντος, αφενός δεν έχουν κανένα νόημα για την κάλυψη των αναγκών που καλούνται να καλύψουν και αφετέρου στην πραγματικότητα αποκλείουν υποψηφίους συμμετοχής. Στο σημείο αυτό θα πρέπει να τονισθεί ότι το συγκεκριμένο ζήτημα απασχόλησε αντίστοιχο διαγωνισμό που προκήρυξε η \*\*\*\*\* πρόσκλησή της, όπου στις τεχνικές προδιαγραφές και πάλι απαιτούνταν φίλτρο απόδοσης  $99,8\%$  BFE, στο  $1\ \mu\text{micro}$ . Κανένας από τους μετέχοντες στον ανωτέρω διαγωνισμό, δεν διέθετε το συγκεκριμένο ποσοστό απόδοσης. Η μοναδική εταιρία που προσέγγισε το κριτήριο αυτό ήταν η εταιρία «\*\*\*\*\*» με μέσο όρο απόδοσης φίλτρου  $99,7\%$ . Κατόπιν ενστάσεων, η \*\*\*\* με την υπ' αριθμ. \*\*\*\*\* απόφασή της, ενέκρινε το πρακτικό της Επιτροπής Ενστάσεων που γνωμοδότησε ότι: « Για το είδος \*\*\*\*\* με λάστιχο, η απόκλιση από το ποσοστό φιλτραρίσματος κρίνεται επουσιώδης και με δεδομένο ότι έγιναν αποδεκτές προσφορές εταιριών με αντίστοιχη απόκλιση, τοποθετούμεθα υπέρ της αποδοχής του, όσον αφορά τη συγκεκριμένη τεχνική προδιαγραφή με γνώμονα την αναγκαιότητα της προμήθειας του είδους και τη σύμφωνη γνώμη της επιτροπής αξιολόγησης ότι δεν επηρεάζεται η αποτελεσματικότητά του..»

Συνάγεται λοιπόν ότι η \*\*\*\*\* σε όμοιο διαγωνισμό, αποδέχθηκε ότι η απόκλιση από τις προδιαγραφές που απαιτεί η Ευρωπαϊκή Ένωση (EUROPEAN STANDARD \*\*\*\*\* με όριο BFE >ή=98%) είναι εμποσιώδης και δεν επηρεάζει την αποτελεσματικότητα της μάσκας. Ως εκ τούτου η συγκεκριμένη τεχνική προδιαγραφή θέτει αυθαίρετα και αδικαιολόγητα ένα κριτήριο που αφενός βρίσκεται εκτός των ευρωπαϊκών προδιαγραφών και αφετέρου επηρεάζει αποφασιστικά τη δυνατότητα αναπνευσιμότητας του χρήστη της μάσκας. Επιπλέον, το συγκεκριμένο κριτήριο περιορίζει αποφασιστικά τη δυνατότητα συμμετοχής υποψηφίων μειοδοτών διότι ουσιαστικά απευθύνεται σε συγκεκριμένους προμηθευτές, όπως η προαναφερόμενη εταιρία που εμπορεύονται χειρουργικές μάσκες με κορδόνι και εσωτερικό φίλτρο απόδοσης 99,8% BFE στο 1 *micro*. Όπως έχει γίνει δεκτό από τη νομολογία (ΣΤΕ 3719/2011 , 1105/2010, Ε.Α. ΣΤΕ 676/2011, 77/2011, 1140/2010, 1025/2010, 1024/2010, 691/2009, 434/2008 κ.α.), η αναθέτουσα αρχή είναι, κατ'αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της, τους όρους της διακηρύξεως ως προς τα προς προμήθεια είδη, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη. Η προαναφερόμενη ελευθερία της αναθέτουσας αρχής, να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακηρύξεως, πρέπει, βεβαίως, να ασκείται με βάση τα οριζόμενα στις οικείες διατάξεις και υπό την αναγκαία προϋπόθεση τηρήσεως των βασικών αρχών που διέπουν τους διαγωνισμούς για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ειδικότερα δε της ισότιμης προσβάσεως σε αυτούς των προστιθέμενων να συμμετάσχουν και της διασφαλίσεως του ανοίγματος των δημοσίων συμβάσεων στον ανταγωνισμό».

Στη συνέχεια ο προσφεύγων επικαλείται τις διατάξεις του άρθρου 54 του ν. 4412/2016 και νομολογία περί απαγόρευσης θέσεως προδιαγραφών που περιορίζουν τον κύκλο των διαγωνιζόμενων επιχειρήσεων αλλά και περί υποχρέωσης της αναθέτουσας αρχής περί αιτιολόγησης των συγκεκριμένων προδιαγραφών και ισχυρίζεται ότι «Ενόψει όλων όσων εκτέθηκαν, καθίσταται φανερό ότι οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν να αιτιολογούν τη θέσπιση τεχνικών προδιαγραφών που συνεπάγονται τον αποκλεισμό συμμετοχής στο διαγωνισμό.

*Η αιτιολογία αυτή, για να είναι νόμιμη, όπως ήδη αναφέρθηκε, θα πρέπει να στηρίζεται σε ικανά στοιχεία, τα οποία πρέπει να συνίστανται αφενός στην παράθεση, κατά συγκεκριμένο τρόπο, των ειδικών αναγκών της οποίας επιδιώκει να καλύψει η αναθέτουσα αρχή. αφετέρου στην παράθεση των στοιχείων εκείνων, που θεμελιώνουν την τεχνική κρίση ότι οι συγκεκριμένες αυτές ειδικές ανάγκες εξυπηρετούνται αποτελεσματικά μόνον από τις συγκεκριμένες τεχνικές προδιαγραφές για την κάλυψη των οποίων αυτές τίθενται. Η αξίωση αυτή του δικαστικού ελέγχου για πλήρη και ειδική αιτιολογία, καθίσταται επιτακτικότερη, στις περιπτώσεις εκείνες που η επιλεγείσα κατηγορία των προς προμήθεια ειδών με τα συγκεκριμένα τεχνικά χαρακτηριστικά προσφέρεται, τη δεδομένη χρονική στιγμή, από μία μόνον εταιρεία. Εν προκειμένω, αφενός δεν υπάρχει καμία επαρκής και συγκεκριμένη αιτιολογία για τη θέσπιση των συγκεκριμένων τεχνικών προδιαγραφών πολύ δε περισσότερο παράθεση στοιχείων που θεμελιώνουν την ανάγκη προμήθειας με χειρουργικές μάσκες με κορδόνι (αντί του λάστιχου) και με εσωτερικό φίλτρο απόδοσης 99,8% BFE, στο 1 micro που δημιουργεί στο χρήση προβλήματα αναπνευστικότητας (breathability), αφετέρου οι τεθείσες τεχνικές προδιαγραφές αποκλείουν τη δυνατότητα συμμετοχής στο διαγωνισμό, περισσότερων ενδιαφερομένων πλην συγκεκριμένου εισαγωγέα. Επιπλέον υφίσταται σαφής διαφοροποίηση των τεχνικών προδιαγραφών με εκείνες για τις οποίες διενεργείται ο διαγωνισμός. Ειδικότερα, ενώ η πρόσκληση ενδιαφέροντος αφορά προμήθεια\*\*\*\*, στη συνέχεια αναφέρεται σε μάσκες με κορδόνι. Επιπλέον ενώ στην πρόσκληση αναγράφεται ότι οι χειρουργικές μάσκες θα πρέπει να προσφέρουν άνετη αναπνοή και να έχουν χαμηλή αντίσταση στη διέλευση αέρα, οι τεχνικές προδιαγραφές του εσωτερικού φίλτρου με 99,8% BFF στο 1 MICRO αποκλείουν την οφειλόμενη διάπνοια και τις καθιστούν προβληματικές για το χρήστη που δεν δύναται να αναπνεύσει άνετα».*

11. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της κατόπιν έγερσης σχετικής ένστασης απαραδέκτου λόγω ελλείψεως εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος για την άσκηση αίτησης λήψης μέτρων προσωρινής προστασίας, που κρίνονται απορριπτέοι ( βλ. σκ. 5 της παρούσας) , ισχυρίζεται

ότι «στην ειδικότερη δε περίπτωση που προσβάλλεται όρος τεχνικών προδιαγραφών ως φωτογραφικός θα πρέπει να κατονομάζεται ο οικονομικός φορέας που είναι ο μόνος δυνάμενος να συμμετάσχει ως συνέπεια της εν θέματι προδιαγραφής (ΕΑ ΣτΕ 314/2013, 474, 1354/2009, ΑΕΠΠ 49/2017)».

Περαιτέρω, όπως παγίως έχει κριθεί 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).



Ενόψει δε του γεγονότος ότι κανονιστικές ρυθμίσεις, όπως οι θεσπιζόμενοι με την διακήρυξη διαγωνισμού όροι, δεν χρήζουν, ως εκ της φύσεώς τους, αιτιολογίας (βλ. Ε.Α. ΣτΕ 918/2003, 763, 876/2004), η Διοίκηση είναι, κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακηρύξεως ως προς τα προς προμήθεια είδη, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη, απαραδέκτως δε αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό η σκοπιμότητα της θεσπίσεως επί μέρους όρων και τεχνικών προδιαγραφών. Ειδικότερα, λόγοι με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό τη μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του επαγγελματικές ανάγκες και δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, με βάση δικές του εκτιμήσεις, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. ΕΑ ΣτΕ 303/2007, 307/2007), ενώ ομοίως έχει παγίως κριθεί, ότι απαραδέκτως προβάλλονται ισχυρισμοί ως προς την σκοπιμότητα της θέσπισης συγκεκριμένης προδιαγραφής (βλ. ΕΑ ΣτΕ 354/2014, 1140/2010 ΕΑ ΣτΕ 3719/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 977/2006 κ.ά.).

Β. ...όπως προκύπτει από την υπ' αριθ. \*\*\*\*\* και το Πρακτικό της \*\*\*\*\* Συνεδρίασης του \*\*\*\*\*, που υποβάλλονται συνημμένα, η διαγωνιστική διαδικασία για την προμήθεια ειδών Μ.Α.Π. μεταξύ των οποίων και της χειρουργικής μάσκας 3 στρωμάτων με λάστιχο διενεργήθηκε με βάση τις τεχνικές προδιαγραφές που εγκρίθηκαν από το \*\*\*\*\* και έχουν τη σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής Έκτακτων Συμβάντων Δημόσιας Υγείας από Λοιμογόνους Παράγοντες. Με τις ίδιες προδιαγραφές διενεργήθηκαν όλες οι διαγωνιστικές διαδικασίες στις 7 \*\*\*\*\* (συνημμένες σχετικές προσκλήσεις εκδήλωσης ενδιαφέροντος). Σημειωτέον ότι και στην προηγούμενη υπ' αριθ. \*\*\*\*\* για την προμήθεια του ίδιου είδους είχε τεθεί η ίδια τεχνική προδιαγραφή, ήτοι να παρέχει υψηλή βακτηριακή προστασία, διαθέτοντας εσωτερικό φίλτρο απόδοσης 99,8% BFE, στο 1 *micro*, χαμηλής αντίστασης στην διέλευση του αέρα που προεφέρει άνετη αναπνοή). Στη διαγωνιστική διαδικασία συμμετείχαν έντεκα (11)

εταιρείες, εκ των οποίων κρίθηκαν τεχνικά αποδεκτές οι δέκα (10) προσφορές εταιρειών που κάλυπταν την τεχνική προδιαγραφή για φίλτρο 99,8%. Μία εταιρεία απορρίφθηκε από την αρμόδια Επιτροπή λόγω του ότι στην τεχνική προσφορά δήλωνε ότι η ικανότητα φιλτραρίσματος είναι 97,5% (Σχετ: 23 Πρακτικό Επιτροπής σελ- 2-). Κατά την αξιολόγηση ελέγχθηκαν από την αρμόδια Επιτροπή δείγματα και διαπιστώθηκε ότι οι εκεί προσφερόμενες μάσκες με φίλτρο 99,8% πληρούσαν την τεχνική προδιαγραφή της χαμηλής αντίστασης στην διέλευση του αέρα που προσφέρει άνετη αναπνοή (Σχετ. υπ' αριθ. 2°Πρακτικό Επιτροπής και απόφαση \*\*\*\*\* και ως εκ τούτου οι εν λόγω μάσκες δεν δημιουργούν προβλήματα αναπνευσιμότητας στους χρήστες, όπως προβάλλεται με την κρινομένη. Περαιτέρω, στην υπ' αριθμ \*\*\*\*\* επαναληπτική πρόσκληση εκδήλωσης ενδιαφέροντος της \*\*\*\*\* για την προμήθεια χειρουργικής μάσκας 3 με λάστιχο-κορδόνι συμμετείχαν επτά (7) εταιρείες και κάλυπταν όλες οι συμμετέχουσες την τεχνική προδιαγραφή για φίλτρο 99,8% (Σχετ. υπ' αρ. 1 -2° -3° -4° Πρακτικά Επιτροπής). Συνεπώς ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι οι τεθείσες τεχνικές προδιαγραφές αποκλείουν τη δυνατότητα συμμετοχής στο διαγωνισμό, περισσότερων ενδιαφερομένων πλην συγκεκριμένου εισαγωγέα, πέραν του ότι προβάλλεται απαραδέκτως σύμφωνα με τα ανωτέρω εκτεθέντα υπό νομικό μέρος αφού δεν κατονομάζεται ο φερόμενος ως μοναδικός πληρών την προδιαγραφή, είναι και αβάσιμος όπως προκύπτει από την πληθώρα των συμμετεχόντων στους προηγηθέντες διαγωνισμούς που κάλυπταν την οικεία προδιαγραφή.

Εξάλλου, η συγκεκριμένη τεχνική προδιαγραφή δεν παραβιάζει τις ευρωπαϊκές προδιαγραφές (EUROPEAN STANDARD \*\*\*\*\*) όπως προβάλλεται με την κρινομένη (: «η συγκεκριμένη τεχνική προδιαγραφή θέτει αυθαίρετα και αδικαιολόγητα ένα κριτήριο που αφενός βρίσκεται εκτός των ευρωπαϊκών προδιαγραφών») διότι το όριο με βάση το πρότυπο EN-14683, κατηγορία II είναι τουλάχιστο ίσο και μεγαλύτερο από 98%, ώστε η οικεία τεχνική προδιαγραφή για 99,8% είναι σύμφωνη προς το ευρωπαϊκό πρότυπο.

Τέλος διευκρινίζεται ότι, όπως ακριβώς και στις προηγούμενες όμοιες διαγωνιστικές διαδικασίες που προκήρυξε η \*\*\*\*\* με τις ίδιες τεχνικές

προδιαγραφές, που όπως προεκτέθηκε είναι οι εγκεκριμένες από το \*\*\*\* και διατυπώνονται οι οικείες προσκλήσεις κατά τον ίδιο τρόπο από όλες τις \*\*\*\*, αποδεκτές γίνονται και οι προσφορές για \*\*\*\*\* με λάστιχο, όχι μόνο με κορδόνι. Ως εκ τούτου κανένας προσφέρων δεν αποκλείεται εκ της προσφοράς μασκών με λάστιχο αντί για κορδόνι. Αλλωστε, ακόμα και υπό την εκδοχή ότι η πρόσκληση για την προμήθεια μασκών με λάστιχο αναφέρει στις τεχνικές προδιαγραφές «κορδόνι» και ότι περαιτέρω οι μάσκες αυτές -κατά τους ισχυρισμούς της κρινομένης- είναι προτιμητέες μόνο από χειρουργούς ενώ για το λοιπό υγειονομικό προσωπικό είναι αυτές με λάστιχο, ο οικείος προβαλλόμενος λόγος είναι απορριπτέος διότι: α. Δεν εξειδικεύει η προσφεύγουσα με ποιο τρόπο ο συγκεκριμένος όρος της προκαλεί άμεση βλάβη ώστε να ελεγχθεί ότι βάλλει κατ' αυτού μετ' εννόμου συμφέροντος, β. Η προμήθεια μασκών με κορδόνι δεν παρεμποδίζει την ανάπτυξη ανταγωνισμού, δεν παραβιάζει τις αρχές της αναλογικότητας και της ίσης μεταχείρισης, ούτε περιορίζει (και δη αθέμιτα) τον κύκλο των διαγωνιζόμενων επιχειρήσεων, γ. Η προμήθεια τους ενόψει ότι προορίζεται για χρήση από υγειονομικό προσωπικό (και όχι για τον γενικό πληθυσμό) παρίσταται πλήρως αιτιολογημένη, δ. Την οικεία προδιαγραφή καλύπτουν πάρα πολλοί προμηθευτές όπως αποδεικνύεται από τα προσαγόμενα έγγραφα των προηγούμενων διαγωνισμών.

Για τους παραπάνω λόγους ζητούμε την απόρριψη της κρινομένης προδικαστικής προσφυγής. Συνημμένα:

1. Υπ' αριθμ \*\*\*\*\* Απόφαση Επικύρωσης πρακτικών κατακύρωσης ειδών ΜΑΠ
2. 2ο πρακτικό \*\*\*\*\*πρόσκλησης ενδιαφέροντος.
3. 1,2,3,4, πρακτικά 38527 πρόσκλησης ενδιαφέροντος
4. Προσκλήσεις Ενδιαφέροντος \*\*\*\*\*
5. Υπ' αριθμ \*\*\*\*\* πρόσκληση Ενδιαφέροντος
6. 122 Πρακτικό Συνεδρίασης \*\*\*\*\*.

12. Επειδή στο Προοίμιο της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (σκ. 74) ορίζεται ότι: «Οι τεχνικές προδιαγραφές που καθορίζονται από τους αγοραστές του Δημοσίου πρέπει να επιτρέπουν το άνοιγμα των δημόσιων προμηθειών στον

ανταγωνισμό καθώς και την επίτευξη των στόχων βιωσιμότητας. Για τον σκοπό αυτό, θα πρέπει να είναι δυνατή η υποβολή προσφορών που αντικατοπτρίζουν την ποικιλία των προτύπων για τεχνικές λύσεις και των τεχνικών προδιαγραφών στην αγορά...Κατά συνέπεια, οι τεχνικές προδιαγραφές θα πρέπει να καταρτίζονται κατά τρόπο ώστε να αποφεύγεται ο τεχνητός περιορισμός του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που να ευνοούν έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, αντικατοπτρίζοντας βασικά χαρακτηριστικά των αγαθών, υπηρεσιών ή Έργων που παρέχονται συνήθως από τον οικονομικό φορέα αυτό. Η κατάρτιση των τεχνικών προδιαγραφών ως προς τις λειτουργικές απαιτήσεις και τις απαιτήσεις εκτέλεσης επιτρέπει εν γένει την επίτευξη του ανωτέρω στόχου με τον καλύτερο δυνατό τρόπο. Οι λειτουργικές απαιτήσεις και οι σχετικές με την εκτέλεση απαιτήσεις συνιστούν επίσης ενδεδειγμένα μέσα που θα ευνοήσουν την καινοτομία στις δημόσιες προμήθειες και θα πρέπει να χρησιμοποιούνται όσο το δυνατόν ευρύτερα. [...]».

13. Επειδή, η παρ. 1 του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016 ορίζει: «Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων ...».

14. Επειδή, στο άρθρο 54 του Ν.4412/2016, ορίζεται: «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται στην περίπτωση 1 του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών...[...]

2. Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό. 3. Οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται με έναν από τους κατωτέρω τρόπους: α) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, ..., 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 [...]». Στο Παράρτημα VII του Προσαρτήματος Α του εν λόγω νόμου ορίζεται «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...και η αξιολόγηση της συμμόρφωσης, της καταλληλότητας της χρήσης του προϊόντος, της ασφάλειας ή των διαστάσεων του...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 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·...».

15. Επειδή, σύμφωνα με τους οικείους όρους της πρόσκλησης ορίζεται ότι: [...] Γενικοί Όροι Πρόσκλησης ..... ΠΟΣΟΤΗΤΕΣ ΣΤΡΑΤΗΓΙΚΟΥ ΑΠΟΘΕΜΑΤΟΣ ΕΙΔΩΝ ΜΑΠ \*\*\*\*\* Α/Α ΚΩΔΙΚΟΣ CPV ΜΕΣΑ ΑΤΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ (ΜΑΠ) ΠΟΣΟΤΗΤΕΣ 1 \*\*\*\*\* με λάστιχο 7.200.000

ΣΥΝΗΜΜΕΝΑ: ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι – Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης

ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι – Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης ΠΟΣΟΤΗΤΕΣ ΣΤΡΑΤΗΓΙΚΟΥ ΑΠΟΘΕΜΑΤΟΣ ΕΙΔΩΝ ΜΑΠ \*\*\*\*\* Α/Α ΚΩΔΙΚΟΣ CPV ΜΕΣΑ ΑΤΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ (ΜΑΠ) ΠΟΣΟΤΗΤΕΣ 1 \*\*\*\*\* με λάστιχο 7.200.000

Γ. ΑΝΑΛΥΤΙΚΕΣ ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΤΩΝ ΖΗΤΟΥΜΕΝΩΝ ΕΙΔΩΝ

\*\*\*\*\* με λάστιχο Χειρουργική μάσκα με κορδόνια τριών στρωμάτων. Να είναι υποαλλεργική, κατασκευασμένη από μαλακό υλικό, άνετη, ανθεκτική στην υγρασία με άριστη αεροδιαπερατότητα. Να έχει μεγάλα ενισχυμένα κορδόνια και μαλακό επιρρήνιο έλασμα καθ' όλο το μήκος της μάσκας Να παρέχει υψηλή βακτηριακή προστασία, διαθέτοντας εσωτερικό φίλτρο απόδοσης 99,8% BFE, στο 1 micro, χαμηλής αντίστασης στην διέλευση του αέρα που προσφέρει άνετη αναπνοή. Να είναι κατασκευασμένη σύμφωνα με το πρότυπο EN-14683, κατηγορία II.

*ΔΕΙΓΜΑΤΑ Για όλα τα ζητούμενα είδη ΜΑΠ να κατατεθούν δείγματα*

*..... Η επιτροπή αξιολόγησης διατηρεί το δικαίωμα να ζητήσει επιπλέον δείγματα κατά το στάδιο της τεχνικής αξιολόγησης. Σε κάθε δείγμα θα αναγράφονται απαραίτητα τα εξής : ....Οι Προμηθευτές υποχρεούνται να καταθέσουν και τεχνικά φυλλάδια ή prospectus που να αποδεικνύουν τη συμμόρφωσή τους με τις Τεχνικές Προδιαγραφές.*

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

17. Επειδή, όπως κρίθηκε από το Δικαστήριο (C-413/17 της 25ης Οκτωβρίου 2018 «Roche Lietuva» UAB, σκ. 25-42) «κατά το άρθρο 42 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ (που ενσωματώθηκε στο εθνικό δίκαιο με το άρθρο 54 του ν.4412/2016), παράγραφος 1, πρώτο εδάφιο, οι τεχνικές προδιαγραφές, που

ορίζονται στο σημείο 1 του Παραρτήματος VII της οδηγίας αυτής (Παράρτημα VII του Προσαρτήματος Α του ν.4412/2016), παρατίθενται στα έγγραφα της διαδικασίας συνάψεως της συμβάσεως και καθορίζουν τα χαρακτηριστικά που απαιτείται να έχουν τα έργα, οι υπηρεσίες ή οι προμήθειες. Δυνάμει του άρθρου 42, παράγραφος 3, της οδηγίας αυτής, οι τεχνικές προδιαγραφές μπορούν να διατυπώνονται με διάφορους τρόπους, και συγκεκριμένα είτε ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις είτε με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και, κατά σειρά προτεραιότητας, σε εθνικά πρότυπα που μεταφέρουν ευρωπαϊκά πρότυπα, ευρωπαϊκές τεχνικές αξιολογήσεις, κοινές τεχνικές προδιαγραφές, διεθνή πρότυπα, άλλα τεχνικά συστήματα αναφοράς που έχουν θεσπιστεί από ευρωπαϊκούς φορείς τυποποίησης ή, όταν αυτά δεν υπάρχουν, σε εθνικά πρότυπα, εθνικές τεχνικές εγκρίσεις ή εθνικές τεχνικές προδιαγραφές στον τομέα του σχεδιασμού, του υπολογισμού και της εκτέλεσης των έργων και της χρησιμοποίησης των προμηθειών, είτε με συνδυασμό των δύο τρόπων αυτών. Συναφώς, διαπιστώνεται ότι το ως άνω άρθρο 42, παράγραφος 3, καθόσον προβλέπει ότι οι τεχνικές προδιαγραφές πρέπει να διατυπώνονται υπό τη μορφή αρκούκτως ακριβών επιδόσεων ή λειτουργικών απαιτήσεων ή με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και διάφορα πρότυπα, ουδόλως αποκλείει τη δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να διευκρινίσει, στο πλαίσιο διαγωνισμού για την προμήθεια ιατρικών προϊόντων προοριζόμενων για τη διενέργεια ιατρικών εξετάσεων, τα χαρακτηριστικά λειτουργίας και χρήσεως του προς προμήθεια επιμέρους εξοπλισμού και των προς προμήθεια επιμέρους μέσων. Εξάλλου, πρέπει να σημειωθεί, αφενός, ότι το γράμμα του άρθρου 42, παράγραφος 3, της οδηγίας 2014/24 δεν προβλέπει οποιαδήποτε ιεραρχική κατάταξη των μεθόδων διατύπωσης των τεχνικών προδιαγραφών ούτε επιβάλλει την κατά προτίμηση χρήση κάποιας από τις μεθόδους αυτές. Αφετέρου, από τη διάταξη αυτή προκύπτει ότι η νομοθεσία της Ένωσης περί τεχνικών προδιαγραφών αναγνωρίζει ευρύ περιθώριο εκτιμήσεως στην αναθέτουσα αρχή κατά τη διατύπωση των τεχνικών προδιαγραφών ορισμένης συμβάσεως. Το περιθώριο εκτιμήσεως αυτό δικαιολογείται από το γεγονός ότι οι αναθέτουσες αρχές γνωρίζουν καλύτερα τις προμήθειες που χρειάζονται και είναι οι πλέον αρμόδιες



να καθορίζουν τις προϋποθέσεις που πρέπει να συντρέχουν ώστε να επιτευχθεί το επιδιωκόμενο αποτέλεσμα. Εντούτοις, η οδηγία 2014/24 επιβάλλει ορισμένα όρια τα οποία η αναθέτουσα αρχή οφείλει να σέβεται. Ειδικότερα, κατά το άρθρο 42, παράγραφος 2, της οδηγίας 2014/24, οι τεχνικές προδιαγραφές απαιτείται να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία συνάψεως συμβάσεως και δεν πρέπει να έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό. Η απαίτηση αυτή συγκεκριμενοποιεί, στο πλαίσιο της κατάρτισης των τεχνικών προδιαγραφών, την αρχή της ίσης μεταχείρισης όπως αυτή κατοχυρώνεται με το άρθρο 18, παράγραφος 1, πρώτο εδάφιο, της εν λόγω οδηγίας. Κατά τη διάταξη αυτή, οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφανή και αναλογικό τρόπο. (βλ., όσον αφορά την οδηγία 2004/18, απόφαση της 10ης Μαΐου 2012, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών, C-368/10, EU:C:2012:284, σκέψη 62). Το άρθρο 18, παράγραφος 1, δεύτερο εδάφιο, της οδηγίας 2014/24 (το οποίο, ενσωματώθηκε στο εθνικό δίκαιο με το άρθρο 18 του ν.4412/2016), διευκρινίζει επίσης ότι ο σχεδιασμός της διαδικασίας συνάψεως ορισμένης συμβάσεως, δεν επιτρέπεται να γίνεται με σκοπό τον αποκλεισμό της συμβάσεως αυτής από το πεδίο εφαρμογής της εν λόγω οδηγίας ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού και ότι ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες συνάψεως συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. Στο ίδιο πνεύμα, η αιτιολογική σκέψη 74 της οδηγίας 2014/24 αναφέρει ότι οι τεχνικές προδιαγραφές «θα πρέπει να καταρτίζονται κατά τρόπο ώστε να αποφεύγεται ο τεχνητός περιορισμός του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που να ευνοούν έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, αντικατοπτρίζοντας βασικά χαρακτηριστικά των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων που παρέχονται συνήθως από τον οικονομικό φορέα αυτό». ... Επίσης, ο βαθμός λεπτομέρειας των τεχνικών προδιαγραφών θα πρέπει να συνάδει με την αρχή της αναλογικότητας, πράγμα το οποίο σημαίνει, μεταξύ άλλων, ότι θα πρέπει να εξετάζεται κατά πόσον ο βαθμός λεπτομέρειας αυτός είναι αναγκαίος για την επίτευξη των

*επιδιωκόμενων σκοπών. Με δεδομένα τα ανωτέρω, επισημαίνεται ότι η αρχή της αναλογικότητας έχει ιδιαίζουσα εφαρμογή στον ευαίσθητο τομέα της δημόσιας υγείας.[...]*».

18. Επειδή, ως αντίθετοι προς τη νομοθεσία μπορεί να θεωρηθούν όροι της Διακήρυξης όταν π.χ. είναι ασαφείς ή αντιφατικοί μεταξύ τους, οπότε πλήττουν τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης μεταξύ των διαγωνιζομένων ή και του υγιούς ανταγωνισμού μεταξύ τους (βλ. ΣΤΕ 923/2016), όταν, εν προκειμένω, ζητούν επιπρόσθετες προδιαγραφές έναντι των προτύπων τεχνικών προδιαγραφών, τις οποίες δεν πληρούν, κατ' ανάγκην, ιατροτεχνολογικά προϊόντα πιστοποιημένα με την ένδειξη CE και σύμφωνα με τα ισχύοντα εναρμονισμένα πρότυπα και την ευρωπαϊκή φαρμακοποιία (ΣΤΕ 1863/2014), όταν με σαφείς και χαρακτηριστικούς όρους, προσδιορίζεται το ζητούμενο προς προμήθεια προϊόν, χωρίς ιδιαίτερο λόγο (ΕλΣυν Μειζ. 7μελ. 2907/2012), είτε με άλλα χαρακτηριστικά που περιορίζουν υπέρμετρα τον ανταγωνισμό, σε σημείο που αποκλείει όλους τους πιθανούς προσφέροντες, πλην ενός («όροι φωτογραφικοί») (ΕλΣυν Μειζ.1923/2016) ή όταν έρχονται σε αντίθεση με ευρωπαϊκά ή εθνικά πρότυπα ή μονογραφίες, που έχουν ληφθεί υπόψη για τη σύνταξη των παραπάνω και έχουν δημοσιευθεί στην Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 61/2018 του 4<sup>ου</sup> Κλιμακίου).

19. Επειδή, **ο προσφεύγων** ισχυρίζεται ότι οι απαιτήσεις που τίθενται από την πρόσκληση αναφορικά με το επίμαχο είδος «\*\*\*\*\* με λάστιχο» που αφορούν στο κορδόνι (παρά την περιγραφή του προϊόντος στο κείμενο της πρόσκλησης ενδιαφέροντος ως "\*\*\*\*\* με λάστιχο" και επιπρόσθετα οι απαιτήσεις αναφορικά με την παροχή βακτηριακής προστασίας με εσωτερικό φίλτρο απόδοσης 99,8% BFE, στο 1 micro, τίθενται αδικαιολόγητα και χωρίς καμία απολύτως σκοπιμότητα. Ειδικότερα, ισχυρίζεται ότι σύμφωνα με το *EUROPEAN STANDARD \*\*\*\*\**, *θεσπίστηκαν συγκεκριμένες ελάχιστες τεχνικές προδιαγραφές, όπου τα κράτη μέλη οφείλουν να εφαρμόζουν στις Χειρουργικές Μάσκες Τύπου II το όριο BFE είναι >ή=98% και ότι με την επίμαχη απαίτηση*

δημιουργούνται προβλήματα αναπνευσιμότητας στους χρήστες ενώ δεν υπάρχει κανένας λόγος θέσπισης τους. Αναφέρεται σε πρόσκληση της\*\*\*\*\*, όπου στις τεχνικές προδιαγραφές απαιτούνταν φίλτρο απόδοσης 99,8% BFE, στο 1 micro, ωστόσο κανένας από τους μετέχοντες δεν διέθετε το συγκεκριμένο ποσοστό πλην της «\*\*\*\*.». Επίσης, ισχυρίζεται ότι ναι μεν η αναθέτουσα αρχή δύναται να θεσπίζει τις τεχνικές προδιαγραφές αλλά με συγκεκριμένη και επαρκή αιτιολογία, επίσης ισχυρίζεται εν τοις πράγμασι ότι υφίσταται αντιφατικότητα των οικείων όρων διότι ζητείται να προσφέρουν άνετη αναπνοή πλην όμως οι τεθείσες προδιαγραφές αποκλείουν την οφειλόμενη διάπνοια και τις καθιστούν προβληματικές για το χρήστη που δεν δύναται να αναπνεύσει άνετα.

**Η αναθέτουσα αρχή** ισχυρίζεται ότι η διαγωνιστική διαδικασία για την προμήθεια ειδών Μ.Α.Π. μεταξύ των οποίων και της \*\*\*\*\* με λάστιχο διενεργήθηκε με βάση τις τεχνικές προδιαγραφές που εγκρίθηκαν από το \*\*\*\* και έχουν τη σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής Έκτακτων Συμβάντων Δημόσιας Υγείας από Λοιμογόνους Παράγοντες αλλά και ότι με τις ίδιες προδιαγραφές διενεργήθηκαν όλες οι διαγωνιστικές διαδικασίες στις \*\*\*\*., σε προηγούμενες προσκλήσεις -τις οποίες επισυνάπτει ως και σχετικά πρακτικά- προκειμένου να αποδείξει ότι υποβλήθηκε πλήθος προσφορών. Αναφορικά με το ζήτημα της αναπνευσιμότητας η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι κατά την αξιολόγηση ελέγχθηκαν από την αρμόδια Επιτροπή δείγματα και διαπιστώθηκε ότι οι εκεί προσφερόμενες μάσκες με φίλτρο 99,8% πληρούσαν την τεχνική προδιαγραφή της χαμηλής αντίστασης στην διέλευση του αέρα που προσφέρει άνετη αναπνοή (Σχετ. υπ' αριθ. 2°Πρακτικό Επιτροπής και απόφαση \*\*\*\*\*) και ως εκ τούτου οι εν λόγω μάσκες δεν δημιουργούν προβλήματα αναπνευσιμότητας στους χρήστες. Ομοίως ισχυρίζεται ότι η συγκεκριμένη τεχνική προδιαγραφή δεν παραβιάζει τις ευρωπαϊκές προδιαγραφές (EUROPEANSTANDARD \*\*\*\*\*) όπως προβάλλεται με την προσφυγή διότι το εν λόγω όριο με βάση το πρότυπο EN-14683, κατηγορία II είναι τουλάχιστο ίσο και μεγαλύτερο από 98%. Τέλος, ισχυρίζεται ότι αποδεκτές γίνονται και οι προσφορές για \*\*\*\*\* με λάστιχο και όχι μόνο με κορδόνι. Ως εκ τούτου κανένας προσφέρων δεν αποκλείεται εκ της

προσφοράς μασκών με λάστιχο αντί για κορδόνι.

20. Επειδή, σε συνέχεια των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών προκύπτει ότι το οικείο ευρωπαϊκό πρότυπο θεσπίζει για το φίλτρο απόδοσης κατώτατο όριο (μεγαλύτερο ή ίσο του 98%) και όχι ανώτερο, ήτοι οι τεθείσες τεχνικές προδιαγραφές (99,8%) δεν βρίσκονται **εκτός** του ευρωπαϊκού προτύπου EN-14683 (κατηγορία II), όπως αβασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων. Εξάλλου, η ενωσιακή και κατ'επέκταση η εθνική νομοθεσία περί τεχνικών προδιαγραφών αναγνωρίζουν ευρύ περιθώριο εκτιμήσεως στην αναθέτουσα αρχή κατά τη διατύπωση των τεχνικών προδιαγραφών ορισμένης συμβάσεως το οποίο δικαιολογείται από το γεγονός ότι οι αναθέτουσες αρχές γνωρίζουν καλύτερα τις προμήθειες που χρειάζονται και είναι οι πλέον αρμόδιες να καθορίζουν τις προϋποθέσεις που πρέπει να συντρέχουν ώστε να επιτευχθεί το επιδιωκόμενο αποτέλεσμα (βλ. σκ. 17 της παρούσας). Περαιτέρω, αναφορικά με την έλλειψη αιτιολογίας θέσπισης των οικείων τεχνικών προδιαγραφών, οι οποίες τέθηκαν αυθαίρετα κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος, όπως βασίμως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή αυτές εγκρίθηκαν από το \*\*\*\*\* και έχουν τη σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής Έκτακτων Συμβάντων Δημόσιας Υγείας από Λοιμογόνους Παράγοντες, ήτοι απορρίπτονται ως αβάσιμοι οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος περί αυθαίρετης θέσης των οικείων προδιαγραφών. Εν προκειμένω, σύμφωνα με το πρακτικό της \*\*\*\*\* που επισυνάπτει η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της με μοναδικό θέμα «Προμήθεια και Δημιουργία στρατηγικού αποθέματος ειδών Μέσων Ατομικής Προστασίας (ΜΑΠ)» κατόπιν καθορισμού του στρατηγικού αποθέματος ειδών ΜΑΠ» ρητά αναγράφεται ότι *«Η διαγωνιστική διαδικασία θα ακολουθήσει την διαδικασία ΠΝΠ, αξιοποιήσει τις υπάρχουσες τεχνικές προδιαγραφές (που έχουν εγκριθεί από το \*\*\*\*\* και έχουν τη σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής αντιμετώπισης Εκτάκτων συμβάντων Δημόσιας υγείας από λοιμογόνους παράγοντες), διενεργηθεί από τις \*\*\*\*\*; ο χρόνος παράδοσης προσδιορίζεται έως 90 ημέρες από την ημερομηνία της σύμβασης, ο χρόνος δημοσίευσης της πρόσκλησης δύναται να είναι έως 20 ημέρες»*. Επομένως, δεν

δημιουργείται αμφιβολία περί της μη αυθαίρετης θέσπισης τους από την αναθέτουσα αρχή κατά το χρόνο δημοσίευσης της επίμαχης πρόσκλησης, προς απόδειξη δε των ισχυρισμών της η αναθέτουσα αρχή παραθέτει αντίστοιχες προσκλήσεις οι οποίες εκδόθηκαν από το σύνολο των \*\*\*\* της χώρας με όμοιες προδιαγραφές για τις επίμαχες μάσκες (\*\*\*\*\*). Αναφορικά με τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος περί ύπαρξης μίας και μόνης εταιρείας η οποία πληροί τις εν λόγω προδιαγραφές κρίνονται απορριπτέοι και τούτο διότι το τεθέν επίμαχο ποσοστό εσωτερικού φίλτρου απόδοσης διατέθηκε και από έτερες εταιρείες και ανατέθηκε η προμήθεια τους σε τρεις οικονομικούς φορείς ( βλ. απόφαση με αρ. \*\*\*\*\* της αναθέτουσας αρχής με θέμα «Επικύρωση πρακτικών που αφορά κατακύρωση ειδών Προμήθειας Μέσων Ατομικής Προστασίας για τη Μη Διάδοση του Κορωνοϊού» που εκδόθηκε στη βάση της με αρ\*\*\*\*\* προμήθειας Μέσων Ατομικής Προστασίας (ΜΑΠ) για την κάλυψη των αναγκών των φορέων αρμοδιότητας της \*\*\*\*).Ωστόσο, θα πρέπει να σημειωθεί ότι αβασίμως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή ότι ο προσφεύγων δεν κατονομάζει τον φερόμενο ως μοναδικό πληρών την προδιαγραφή, τον κατονομάζει αλλά δεν αποδεικνύει τη βασιμότητα των ισχυρισμών του, κατά τα ως άνω. Αναφορικά με τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος περί του ότι το εν λόγω επίμαχο ποσοστό καθιστά τις μάσκες προβληματικές για το χρήστη που δεν δύναται να αναπνεύσει άνετα, κρίνονται απορριπτέοι ως απαράδεκτοι καθόσον δεν τους αποδεικνύει τουναντίον η αναθέτουσα αρχή επικαλείται πόρισμα της Επιτροπής κατά την αξιολόγηση δείγματος όπου διαπιστώθηκε ότι οι εκεί προσφερόμενες μάσκες με φίλτρο 99,8% πληρούσαν την τεχνική προδιαγραφή της χαμηλής αντίστασης στην διέλευση του αέρα που προσφέρει άνετη αναπνοή (βλ. απόψεις αναθέτουσας αρχής και το εκεί μνημονευόμενο πρακτικό με αρ. 2). Συνεπώς, σε συνέχεια των ανωτέρω γίνονται δεκτοί οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και κρίνονται απορριπτέοι οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος.

21. Επειδή, αναφορικά με τον ισχυρισμό του προσφεύγοντος ότι υφίσταται σαφής διαφοροποίηση των τεχνικών προδιαγραφών με εκείνες για τις οποίες διενεργείται ο διαγωνισμός καθόσον ενώ η πρόσκληση ενδιαφέροντος

αφορά σε προμήθεια χειρουργικών масκών με λάστιχο, στη συνέχεια αναφέρεται σε μάσκες με κορδόνι. Εν προκειμένω, πράγματι υφίσταται ασάφεια των οικείων όρων, όπως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων, η δε αναθέτουσα αρχή αναφέρει στις οικείες απόψεις της ότι κανένας προσφέρων δεν αποκλείεται εκ της προσφοράς масκών με λάστιχο αντί για κορδόνι, πλην όμως κατά τους όρους της διακήρυξης *Οι Προμηθευτές υποχρεούνται να καταθέσουν και τεχνικά φυλλάδια ή prospectus που να αποδεικνύουν τη συμμόρφωσή τους με τις Τεχνικές Προδιαγραφές*. Επομένως, δοθέντος ότι οι όροι της διακήρυξης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών, γίνονται δεκτοί οι οικείοι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος.

22. Επειδή, γίνεται δεκτή η εισήγηση.

23. Επειδή, κατ'ακολουθίαν, πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή.

24. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο κατά τις διατάξεις του άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ/τος 39/2017.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή κατά σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 14 Οκτωβρίου 2020 και εκδόθηκε στις 23 Οκτωβρίου 2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Ο Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Μιχάλης Π. Σειραδάκης**

**Ελένη Λεπίδα**