

Η

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

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 21-02-2019, με την εξής σύνθεση: Νεκταρία-Πηνελόπη Ταμανίδη, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Κωνσταντίνο Κορομπέλη και Κυριακή Σιδηροπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 115/29-01-2019 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», που εδρεύει στο ... και εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής προσφεύγων) κατά της αναθέτουσας αρχής με την επωνυμία «Γενικό Νοσοκομείο ... «...» (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Με την προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων επιδιώκει, κατόπιν ορθής εκτίμησης αυτής, την ακύρωση της προσβαλλόμενης υπ' αριθ. πρωτ. ... διακήρυξης της Αναθέτουσας Αρχής και με αριθμό διακήρυξης..., η οποία αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 18-01-2019, δυνάμει της οποίας προκηρύχθηκε Ανοικτός Δημόσιος Ηλεκτρονικός Διαγωνισμός για την προμήθεια «Ενός (1) Συστήματος Υπερήχων», προς κάλυψη αναγκών του Νοσοκομείου, με CPV: 33112200-0, με προϋπολογισμό 96.774,19 € πλέον ΦΠΑ, ήτοι 120.000,00€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη, βάσει τιμής προσφορά (χαμηλότερη τιμή). Ο Διαγωνισμός φέρει συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ.... Πιο συγκεκριμένα, ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση των τεχνικών προδιαγραφών **α)** Στην Ενότητα ΓΕΝΙΚΗ – ΣΥΝΘΕΣΗ ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ και στην Παράγραφο 6, όπου αναγράφεται: «*Σύστημα υπερηχοτομογραφίας γενικής χρήσης 6. Ηχοβόλο κεφαλή linear τύπου Hockey Stick με εύρος συχνοτήτων λειτουργίας από 10.0 MHz έως 18.0 MHz για εξετάσεις μυοσκελετικού σε δύσκολα ανατομικά στοιχεία*» και **β)** Στην Ενότητα ΤΥΠΟΙ ΗΧΟΒΟΛΩΝ ΚΕΦΑΛΩΝ και στην Παράγραφο 8, όπου αναγράφεται: «*Linear ειδικού σχήματος I ή T ή Hockey Stick: ΝΑΙ από 7 MHz έως 18 MHz*».

Στην προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων σώρευσε και αίτημα για τη λήψη προσωρινών μέτρων, με το οποίο αιτείτο να ανασταλεί, με την έκδοση

Αριθμός Απόφασης: 261 / 2019

απόφασης χορήγησης προσωρινών μέτρων, η διαγωνιστική διαδικασία και η πρόοδος αυτής μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης από την ΑΕΠΠ. Επί του αιτήματος του εκδόθηκε η με αριθμό Α 54/2019 Απόφαση της ΑΕΠΠ, δυνάμει της οποίας ανεστάλη η περαιτέρω πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας της Αναθέτουσας Αρχής.

Αφού άκουσε την εισηγήτρια Νεκταρία – Πηνελόπη Ταμανίδη

και μελέτησε το σύνολο των εγγράφων του φακέλου,

σκέφτηκε κατά νόμο και έκανε ομοφώνως δεκτά τα εξής :

1. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει εκδοθεί το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό ... συνολικού ποσού 600,00 Ευρώ, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 5 ΠΔ 39/2017 (363 παρ.2 Ν.4412/2016). Το εν λόγω ποσό ισούται με το ελάχιστο νόμιμο παράβολο δεδομένου ότι η προϋπολογιζόμενη δαπάνη του διαγωνισμού στο πλαίσιο του οποίου προσφεύγει ο προσφεύγων ανέρχεται στο ποσό των 96.774,19 Ευρώ χωρίς ΦΠΑ. Το εν λόγω ποσό πληρώθηκε σύμφωνα με το προσκομιζόμενο e-παράβολο αυτόματης δέσμευσης ποσού 600,00 Ευρώ, το οποίο έχει εκδοθεί για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.).

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

3. Επειδή η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, στις 28-01-2019, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016. Ειδικότερα, εν προκειμένω, η τελευταία ημέρα της αποκλειστικής δεκαήμερης προθεσμίας άσκησης της προσφυγής έληξε στις 12-02-2019, δεδομένου ότι ο προσφεύγων τεκμαίρεται ότι έλαβε πλήρη γνώση της προσβαλλομένης στις 02-02-2019, δηλαδή 15 ημέρες μετά την ανάρτηση της διακήρυξης στον διαδικτυακό τόπο του ΚΗΜΔΗΣ, που έλαβε χώρα την 18-01-2019. Η εν λόγω προσφυγή αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την 28-01-2019 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π.

Αριθμός Απόφασης: 261 / 2019

4. Επειδή η ΑΕΠΠ είναι αρμόδια για την εξέταση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής και λόγω ποσού (345 παρ.1 Ν.4412/2016, 6 παρ.1 Ν.4412/2016).

5. Επειδή με την Προδικαστική Προσφυγή ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσβαλλομένη διακήρυξη πρέπει να ακυρωθεί κατά το μέρος που περιλαμβάνει τους προσβαλλομένους όρους, όπως αυτοί αναλυτικά αναφέρονται στο σώμα της προσφυγής του, και τούτο -κατά τον προσφεύγοντα- διότι με τους προσβαλλομένους όρους καθίσταται αδύνατη η συμμετοχή του προσφεύγοντα στον εν λόγω διαγωνισμό, περιορίζοντας αδικαιολόγητα τον ανταγωνισμό κατά παράβαση των αρχών που διέπουν τους δημόσιους διαγωνισμούς, της διαφάνειας, της ισότιμης πρόσβασης και ίσης μεταχείρισης των συμμετεχόντων στα πλαίσια των δημοσίων διαγωνισμών, ενώ ορισμένοι όροι είναι ασαφείς. Ειδικότερα, στην Ενότητα ΓΕΝΙΚΗ – ΣΥΝΘΕΣΗ ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ και στην Παράγραφο 6, όπου αναγράφεται: «*Σύστημα υπερηχοτομογραφίας γενικής χρήσης 6. Ηχοβόλο κεφαλή linear τύπου Hockey Stick με εύρος συχνοτήτων λειτουργίας από 10.0 MHz έως 18.0 MHz για εξετάσεις μυοσκελετικού σε δύσκολα ανατομικά στοιχεία*», η προδιαγραφή με τον τρόπο που είναι διατυπωμένη αποκλείει αδικαιολόγητα τη συμμετοχή του προσφεύγοντα στον διαγωνισμό, χωρίς αυτό να δικαιολογείται από κάποια ιδιαίτερη ανάγκη της Αναθέτουσας Αρχής, ενώ στην Ενότητα ΤΥΠΟΙ ΗΧΟΒΟΛΩΝ ΚΕΦΑΛΩΝ και στην Παράγραφο 8, όπου αναγράφεται: «*Linear ειδικού σχήματος I ή T ή Hockey Stick: ΝΑΙ από 7 MHz έως 18 MHz*», η προδιαγραφή ομοίως με τον τρόπο που είναι διατυπωμένη αποκλείει αδικαιολόγητα τη συμμετοχή του προσφεύγοντα στον διαγωνισμό.

6. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της

Αριθμός Απόφασης: 261 / 2019

αναθέτουσας αρχής». Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Η ΑΕΠΠ αποφαίνεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017.

7. Επειδή κατ' αρχήν ο προσφεύγων έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής, δεδομένου ότι στρέφεται κατά όρων της διακήρυξης που αφορούν τεχνικές προδιαγραφές των προς προμήθεια προϊόντων, το δε νομικό του πρόσωπο προσφέρει προηγμένης τεχνολογίας ιατροτεχνολογικό εξοπλισμό του κατασκευαστικού οίκου Philips και κατέχει σημαντική θέση στον ελληνικό χώρο στα συστήματα Υπερηχοτομογράφων κατηγορίας, όπως αυτό της εν θέματι διακήρυξης, και επιθυμεί να συμμετέχει υποβάλλοντας προσφορά στον Διαγωνισμό. Όπως ισχυρίζεται ο προσφεύγων, το νομικό του πρόσωπο διαθέτει μία και μοναδική ηχοβόλο κεφαλή τύπου Linear Hockey Stick για όλα τα μοντέλα υπερηχοτομογράφων που διαθέτει, όπως αυτή που αιτείται με τον πρώτο προσβαλλόμενο όρο, με ανώτερο όριο συχνοτήτων όμως τα 15 Mhz και όχι τα 18 Mhz όπως ζητείται από τη διακήρυξη, και για τον λόγο αυτό αποκλείεται από τον διαγωνισμό, ενώ τα αντίστοιχα ισχύουν και για τον δεύτερο προσβαλλόμενο όρο (βλ. ΣΤΕ ΕΑ ασφ.μ. 415/2014, 9, 124, 189/2015, πρβλ ΣΤΕ ΕΑ ασφ.μ. 1258, 1316/2008, 342, 670/2009 κ.ά.).

8. Επειδή η Αναθέτουσα Αρχή έχει αποστείλει τις απόψεις της δυνάμει του με αριθμό πρωτοκόλλου 3304/04-02-2019 εγγράφου της, επί του οποίου ισχυρίζεται τα εξής: «Εις απάντηση της προσφυγής της εταιρείας «...» που διαβιβάστηκε σε εμάς με την υπ. αρ. πρωτ 2837 (30-11-2019) αποδεχόμαστε την τροποποίηση που προτείνει η προσφεύγουσα εταιρεία. Έτσι στην ενότητα ΤΥΠΟΙ ΗΧΟΒΟΛΩΝ ΚΕΦΑΛΩΝ και στην Παράγραφο 8 που αναφέρεται στη κεφαλή Linear Hockey Stick ορίζουμε ως ανώτερο όριο συχνοτήτων τουλάχιστο τα 15 MHZ. Έγινε αποδεκτή η προς τα κάτω

Αριθμός Απόφασης: 261 / 2019

μεταβολή της συχνότητας για τους ακόλουθους λόγους: Α. η κεφαλή αυτή χρησιμοποιείται κυρίως συμπληρωματικά σε ειδικές εξετάσεις, (μυοσκελετικού σε δύσκολα προσβάσιμα σημεία και πολύ περιφερικά αγγεία). Β. η κεφαλή χρησιμοποιείται σχετικά σπάνια, αν και είναι απαραίτητη σε ένα εργαστήριο με τις δικές μας απαιτήσεις, αλλά δεν μπορεί να αποτελεί βασικό κριτήριο επιλογής μηχανήματος η μικρή αυτή μεταβολή στη ανώτερη συχνότητα. Γ. Η απεικόνιση που επιτυγχάνεται από μία κεφαλή εξαρτάται και από άλλα χαρακτηριστικά».

9. Επειδή, αναφορικά με τον δεύτερο λόγο της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής, ο οποίος κρίνεται βάσιμος, λεκτέα τα ακόλουθα: Στο άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 ορίζονται τα ακόλουθα: «*Διαδικασία εξέτασης της προσφυγής. 1. Στις περιπτώσεις όπου η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, σύμφωνα με το πρώτο εδάφιο της παραγράφου 1 του άρθρου 362, η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών: (α) κοινοποιεί την προσφυγή το αργότερο εντός πέντε (5) ημερών σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της προσφυγής, προκειμένου να ασκήσει το δικαίωμα παρέμβασής του στη διαδικασία εξέτασης της προσφυγής, σύμφωνα με την παράγραφο 3 του άρθρου 362, και (β) διαβιβάζει στην ΑΕΠΠ, το αργότερο εντός δέκα (10) ημερών από την ημέρα κατάθεσης, τον πλήρη φάκελο της υπόθεσης, τις απόψεις της επί της προσφυγής και τα αποδεικτικά κοινοποίησης της περίπτωσης α` της παραγράφου 1, στους ενδιαφερόμενους τρίτους. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την προδικαστική προσφυγή πράξης». Όμοιες με τις ανωτέρω διατάξεις περιέχονται στο άρθρο 9 παρ. 1 του π. δ/τος 39/2017 (Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών). Περαιτέρω, στο άρθρο 367 παρ. 1 του ίδιου νόμου ορίζεται ότι: «*Διαδικασία λήψης απόφασης - συνέπειες αποφάσεων ΑΕΕΠ. 1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της, η οποία εκδίδεται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία είκοσι (20) ημερών από την ημέρα εξέτασης της προσφυγής». Στο άρθρο 18 παρ. 1 και 2 του**

Αριθμός Απόφασης: 261 / 2019

προαναφερόμενος π. δ/τος 39/2017 ορίζεται ότι: «1. Ο σχηματισμός της ΑΕΠΠ, που εξετάζει την προδικαστική προσφυγή, ελέγχει αυτή ως προς τη νομιμότητά της. 2. Ο οικείος σχηματισμός, αφού λάβει υπόψη τα στοιχεία του φακέλου της υπόθεσης, την εισήγηση του ορισθέντος ως εισηγητή της υπόθεσης, τους προβαλλόμενους πραγματικούς και νομικούς ισχυρισμούς του προσφεύγοντος, τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, τους ισχυρισμούς του παρεμβαίνοντος, εκδίδει απόφαση, η οποία λαμβάνεται με πλειοψηφία, κατόπιν φανεράς ψηφοφορίας, και είναι αιτιολογημένη». Όπως έχει κριθεί (Ν44/2018 Δ/κό Εφετείο Πειραιώς - Α2 Ακυρωτικό), κατά την έννοια των ως άνω διατάξεων, επί προσβολής όρων διακήρυξης, η οποία εκ του κανονιστικού της χαρακτήρα, δεν φέρει αιτιολογία (ΣΤΕ 812/2009, 1655/2008), και δη, με αιτιάσεις που ανάγονται σε ζητήματα τεχνικής φύσεως, επί των οποίων η ΑΕΠΠ δεν μπορεί να επιληφθεί πρωτοτύπως (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 98/2011, 50/2011 κα), οι προβλεπόμενες στην παρ. 1 του άρθρου 365 του Ν. 4412/2016 απόψεις της Αναθέτουσας Αρχής επί των αιτιάσεων αυτών δεσμεύουν καταρχήν την ΑΕΠΠ κατά την αντιμετώπισή τους και την διαμόρφωση της αιτιολογίας αποδοχής ή απορρίψεως τους (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 82/2014 σκ. 10). Καθόσον, επομένως, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της αποδέχεται τις αιτιάσεις του προσφεύγοντα ως προς τον δεύτερο λόγο και συνομολογεί την ανάλογη τροποποίηση των βαλλόμενων τεχνικών προδιαγραφών, χωρίς αυτό να σημαίνει ουσιαστικές εκπτώσεις στο επιδιωκόμενο τελικό κλινικό αποτέλεσμα, καθόσον, κατά την Αναθέτουσα, η κεφαλή αυτή χρησιμοποιείται κυρίως συμπληρωματικά σε ειδικές εξετάσεις, (μυοσκελετικού σε δύσκολα προσβάσιμα σημεία και πολύ περιφερικά αγγεία), η κεφαλή χρησιμοποιείται σχετικά σπάνια, αν και είναι απαραίτητη σε ένα εργαστήριο, αλλά δεν μπορεί να αποτελεί βασικό κριτήριο επιλογής μηχανήματος η μικρή αυτή μεταβολή στη ανώτερη συχνότητα και καθόσον τελικά η απεικόνιση που επιτυγχάνεται από μία κεφαλή εξαρτάται και από άλλα χαρακτηριστικά, ο δεύτερος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός και αφού οι βαλλόμενες τεχνικές προδιαγραφές στην Ενότητα ΤΥΠΟΙ ΗΧΟΒΟΛΩΝ ΚΕΦΑΛΩΝ και στην Παράγραφο 8, όπου αναγράφεται: «*Linear ειδικού σχήματος I ή T ή Hockey Stick: NAI από 7 MHz έως 18 MHz*», δεν έχουν μέχρι σήμερα τροποποιηθεί, θα πρέπει αυτές να ακυρωθούν.

10. Επειδή αναφορικά με τον πρώτο λόγο της προσφυγής λεκτέα τα ακόλουθα.

11. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 18 παρ. 1 του ν. 4412/2016: «1. 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 δημοσίου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης». Σύμφωνα με το άρθρο 53 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016 « 1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασηςπεριέχουν ιδίως :ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών....., τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας....., καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης». Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρ. 54 παρ. 1, 2, 3 και 4 του ν. 4412/2016: «1. Οι τεχνικές προδιαγραφέςπαρατίθενται 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, 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, 4. Οι τεχνικές προδιαγραφές, εκτός εάν δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, δεν περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που να χαρακτηρίζει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που παρέχονται από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα ούτε εμπορικού σήματος, διπλώματος ευρεσιτεχνίας, τύπων ή συγκεκριμένης καταγωγής ή παραγωγής που θα είχε ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή ορισμένα προϊόντα. Η εν λόγω μνεία

Αριθμός Απόφασης: 261 / 2019

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"».

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

13. Επειδή σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής του από την αναθέτουσα αρχή, το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής ως και από τον δικαστή (βλ. ΣΤΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κα). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣΤΕ 928/2004) υπό την έννοια ότι δεν δύναται το αρμόδιο όργανο να συμπληρώσει τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος καθόσον το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει ο τελευταίος (ΣΤΕ 4524/2009, 3900/2006) και μόνο προαποδεικτικώς (ΣΤΕ 1898/2016, 7μελής), ήτοι στην περίπτωση της προσφυγής με την κατάθεσή της, εφόσον δεν προβλέπεται από τον Ν. 4412/2016 και το οικείο κανονιστικό πλαίσιο (ΠΔ 39/2017) η συμπλήρωση της προσφυγής με υποβολή υπομνήματος.

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

Αριθμός Απόφασης: 261 / 2019

θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος (βλ. ΣΤΕ 1393/2003), στη δε διαδικασία εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής το έννομο συμφέρον θα πρέπει να προαποδεικνύεται με την άσκησή της.

15. Επειδή το έννομο συμφέρον του οικονομικού φορέα, που προσφεύγει ενώπιον της ΑΕΠΠ εξειδικεύεται αυθεντικά και αποκλειστικά από τον ίδιο, εξετάζεται δε από την τελευταία ως προς την νομιμότητά του, την απόδειξή του και τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά του, που επιβάλλουν την έννομη προστασία του, ότι δεν είναι ανταγωνιστικό του δημοσίου συμφέροντος, και ότι δεν είναι αποδοκιμαστέο ως ιδιοτελές (πρβλ. Δημήτριος Θ. Πυργάκης, Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 17).

16. Επειδή η προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος δεν καθιστά δυσχερή την πρόσβαση του ενδιαφερόμενου στο δικαστήριο ή εν γένει στην προσήκουσα παροχή έννομης προστασίας (άρθρο 20 παρ. 1 του Συντ.) ούτε δημιουργεί (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017) αντίθεση προς το άρθρο 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ (ΣΤΕ 2980/2013). Μόνη, δε, εξαίρεση στην άνω αναφερθείσα υποχρέωση προαπόδειξης είναι να προκύπτει σαφώς και άνευ ουδεμίας αμφιβολίας από τις ad hoc ειδικές συνθήκες ότι θίγονται τα επαγγελματικά και οικονομικά συμφέροντα του προσφεύγοντος (ΣΤΕ 2521/2004).

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

18. Επειδή, περαιτέρω, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από την νομολογία, η Διοίκηση είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την ευρεία διακριτική ευχέρεια και κρίση της τους όρους της διακηρύξεως ως προς τις τεχνικές προδιαγραφές των προς προμήθεια ειδών, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη. Η θέσπιση με τη διακήρυξη των προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή

Αριθμός Απόφασης: 261 / 2019

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 στο διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή σε αυτόν των προμηθευτών, των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων. Επιπλέον έχει παγίως κριθεί ότι η σκοπιμότητα ή η ανάγκη θέσπισης της πλησσομένης προδιαγραφής, απαραδέκτως αμφισβητούνται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό, και επίσης ότι απαραδέκτως η αιτούσα αμφισβητεί τη σκοπιμότητα της επιλογής από την αναθέτουσα αρχή του πλησσομένου όρου και προσπαθεί να καθορίσει και να προδιαγράψει αυτή τα τεχνικά χαρακτηριστικά του προς προμήθεια είδους, με βάση της δικές της επαγγελματικές ανάγκες και δυνατότητες, και με δικά της κριτήρια διαφορετικά από εκείνα που η ως άνω αρχή, κατ' εκτίμηση των αναγκών της υπηρεσίας, προσδιόρισε ως αναγκαία (ΣΤΕ 3719/2011, 2/2011, 287/2010 Ε.Α. ΣΤΕ 201/2017, 354/2014, 1025, 1140/2010, 676/2011, 1354, 1305, 670/2009, 438/2008, 303/2007, 977/2006, ΔΕφΑθ 491/2011, ΔΕφΘεσ/νίκης 111/2013, ΔΕφΑθ 226/2013, Ε.Α. ΣΤΕ 133/2012, 670/2009, 438/2008, 117/2007, 1208, 1076, 977/2006, 763, 373, 356/2004). 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, 303/20).

19. Επειδή, αναφορικά με τον πρώτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής, κρίνεται αβάσιμος, 1) διότι ο προσφεύγων δεν επικαλείται ορισμένως ούτε θεμελιώνει το έννομό του συμφέρον, καθόσον δεν ισχυρίζεται ειδικά ότι λόγω των επίμαχων προδιαγραφών αποκλείεται ή καθίσταται ουσιωδώς δυσχερής η συμμετοχή του στον διαγωνισμό, 2) λόγω αοριστίας, επειδή δεν επικαλείται και δεν αποδεικνύει ότι οι επίμαχες τεχνικές προδιαγραφές προσκρούουν σε συγκεκριμένη διάταξη νόμου, και επειδή δεν προκύπτει από την προσφυγή για ποιόν λόγο είναι ασαφείς οι επίμαχες προδιαγραφές, 3) διότι υπεισέρχονται στο πεδίο που αφορά

Αριθμός Απόφασης: 261 / 2019

στην σκοπιμότητα επιλογής των εν θέματι προδιαγραφών από την αναθέτουσα αρχή. Και τούτο επειδή ο προσφεύγων αμφισβητεί την νομιμότητα των τεχνικών προδιαγραφών ισχυριζόμενος ότι: «το εύρος συχνοτήτων μιας ηχοβόλου κεφαλής δεν αποτελεί από μόνο του κριτήριο αξιολόγησης της διαγνωστικής διακριτικής ικανότητας μιας κεφαλής, καθώς σημαντικό ρόλο παίζουν και πολλές άλλοι παράμετροι όπως το δυναμικό εύρος, ο ρυθμός ανανέωσης της εικόνας, η τεχνολογία κατασκευής της ηχοβόλου κεφαλής, οι εφαρμογές βελτίωσης της εικόνας όπως το *compound imaging*, ...», 4) διότι ο προσφεύγων επιχειρεί να διαμορφώσει τις επίμαχες τεχνικές προδιαγραφές με συγκεκριμένο ρητό τρόπο που –καταφανώς- εξυπηρετεί δικές του επαγγελματικές ανάγκες και δυνατότητες, και 5) διότι όλοι οι νομικοί και πραγματικοί ισχυρισμοί του προσφεύγοντα παραμένουν αναπόδεικτοι και ανυποστήρικτοι καθόσον δεν προσκομίζει καμία απόδειξη για την ουσιαστική βασιμότητα των ισχυρισμών του.

20. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή σύμφωνα με όσα έχουν γίνει δεκτά στις σκέψεις 8 και 9.

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

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την Προσφυγή.

Ακυρώνει τον όρο «έως 18 MHz» στην Ενότητα ΤΥΠΟΙ ΗΧΟΒΟΛΩΝ ΚΕΦΑΛΩΝ και στην Παράγραφο 8, όπου αναγράφεται: «*Linear ειδικού σχήματος I ή T ή Hockey Stick: NAI από 7 MHz έως 18 MHz*».

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε, αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 21-02-2019 και καταχωρήθηκε στο Βιβλίο Αποφάσεων της ΑΕΠΠ την 12-03-2019.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Νεκταρία – Πηνελόπη Ταμανίδη

Ευαγγελία Ζαφειράτου