

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 3 Ιουλίου 2018 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Οικονόμου Πρόεδρος, Μιχαήλ Σειραδάκης-Εισηγητής και Εμμανουέλα Σωτηρόπουλου Μέλη.

Για να εξετάσει την από 30.05.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 492/30.05.2018 της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....» που εδρεύει στον Δήμο Γέρακα Αττικής, οδός....., Τ.Κ. 15344, όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της με αριθμό 5Η/2018 διακήρυξης της 3ης Υγειονομικής Περιφέρειας (Μακεδονίας) Γενικό Νοσοκομείο Θεσσαλονίκης Γ. Γεννηματάς – ο Άγιος Δημήτριος και

Της παρεμβαίνουσας ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «.....» που εδρεύει στον Δήμο Μεταμόρφωσης Αττικής, οδός....., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα εταιρεία επιδιώκει να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης ως αντίθετοι στην ημεδαπή και κοινοτική νομοθεσία, με συνέπεια τη ματαίωση του διαγωνισμού ή τη συνέχισή του χωρίς να ληφθούν υπόψη οι παράνομες προδιαγραφές.

Με την ασκηθείσα παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα εταιρεία επικαλείται ότι η υπό κρίση προσφυγή πρέπει να απορριφθεί αφενός λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας και αοριστίας της προσφυγής της, αφετέρου λόγω του ότι οι προσβαλλόμενες με την προσφυγή προδιαγραφές της διακήρυξης του διαγωνισμού, δεν είναι παράνομες, όπως υποστηρίζει η προσφεύγουσα για τους λόγους που διεξοδικά αναλύονται στην υπό κρίση παρέμβασή της.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή η 3^η Υγειονομική Περιφέρεια (Μακεδονίας) Γενικό Νοσοκομείο Θεσσαλονίκης Γ. Γεννηματάς – ο Άγιος Δημήτριος ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Ηλεκτρονικό Δημόσιο Ανοιχτό Διαγωνισμό, με αριθμό διακήρυξης 5Η/2018 και Αριθμό Συστήματος Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. 50248, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει της τιμής για προμήθεια «ΡΑΜΜΑΤΩΝ» (CPV 33141126-9), προϋπολογισθείσας δαπάνης ενενήντα έξι χιλιάδων τριακοσίων ενενήντα πέντε ευρώ και ενενήντα έξι λεπτών (96.395,96 €), περιλαμβανομένου Φ.Π.Α. 13%, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 19η Ιουνίου 2018, ημέρα Τρίτη και ώρα 15:00 μ.μ. και ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης την 26η Ιουνίου 2018, ημέρα Τρίτη και ώρα 11:00 π.μ. Η προσφεύγουσα κατέθεσε στις 30.05.2018 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) την υπό κρίση προσφυγή της και την κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν.

2. Επειδή η προσφεύγουσα εταιρεία, επικαλείται στην υπό κρίση προσφυγή της ότι η διακήρυξη του επίμαχου διαγωνισμού αντίκειται στην εθνική και κοινοτική νομοθεσία, για τους λόγους που εκτίθενται αναλυτικά στην υπό κρίση προσφυγή.

3. Επειδή η προσφεύγουσα αιτείται να γίνει δεκτή η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης ως αντίθετοι στην ημεδαπή και κοινοτική νομοθεσία, με συνέπεια τη ματαίωση του διαγωνισμού ή τη συνέχισή του χωρίς να ληφθούν υπόψη οι παράνομες προδιαγραφές.

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

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

Αριθμός Απόφασης:512/2018

παραβόλου 215971606958 0730 0071, όπως εξοφλήθηκε δυνάμει του από 30.05.2018 αποδεικτικού εξόφλησης της Τράπεζας Πειραιώς), ποσού εξακοσίων ευρώ (600,00 €).

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

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

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

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

10. Επειδή παραδεκτά και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, κατατέθηκε στις 08.06.2018 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.), η από 8 Ιουνίου 2018 παρέμβαση της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «.....» που εδρεύει στον Δήμο Μεταμόρφωσης Αττικής, οδός, όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Παραδεκτά φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 3^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

11. Επειδή, στην κρινόμενη προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρεία, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους της και συνεπακόλουθα θεμελιώνει βάσιμα το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της με αριθμό διακήρυξης 5Η/2018 της 3ης Υγειονομική Περιφέρεια (Μακεδονίας) Γενικό Νοσοκομείο Θεσσαλονίκης Γ. Γεννηματάς – ο Άγιος Δημήτριος.

12. Επειδή στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Β΄ με τίτλο «ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ – ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ – ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ», «ΓΕΝΙΚΟΙ ΟΡΟΙ – ΓΕΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΑΙΓΡΑΦΕΣ ΧΕΙΡΟΥΡΓΙΚΩΝ ΡΑΜΜΑΤΩΝ» στις «ΚΑΤΗΓΟΡΙΕΣ ΧΕΙΡΟΥΡΓΙΚΩΝ ΡΑΜΜΑΤΩΝ» της διακήρυξης (σελ. 53-54) προβλέπονται οι εκεί ζητούμενες προδιαγραφές για τα προς προμήθεια ράμματα.

13. Επειδή έχει κριθεί ότι η αναθέτουσα αρχή είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας, ως προς τα προς προμήθεια προϊόντα, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, η δε θέσπιση με τη διακήρυξη των προδιαγραφών που κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' 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 2/2011, 3719/2011, 676/2011, 1025/2010, 2049/2007, 691/2009, 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, 2/2011, 3719/2011, 676/2011, 1025/2010, 2049/2007, 691/2009, 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.). Ενώ νόμιμα περιορίζεται ο κύκλος των διαγωνιζόμενων επιχειρήσεων, έστω και αν τα επιλεγέντα υλικά προσφέρονται την δεδομένη χρονική στιγμή, από μια μόνο εταιρία, εφόσον κατά την τεχνική κρίση της διοίκησης μόνο οι συγκεκριμένες προδιαγραφές εξυπηρετούν αποτελεσματικά τις ανάγκες των νοσοκομείων (ΣτΕ 1105/2010, ΣτΕ 365/2007). Κατά συνέπεια, η θέσπιση τέτοιων όρων τεχνικής ικανότητας, 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 παραβιάζει τη γενική αρχή της αναλογικότητας που ορίζει κατά το κοινοτικό 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 2^η αιτιολογική σκέψη της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ). Ως εκ τούτου, τα κριτήρια και τα μέσα απόδειξης της ελάχιστης απαιτούμενης τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων που επιλέγονται από τις αναθέτουσες αρχές πρέπει, σε κάθε περίπτωση, να σχετίζονται με την ορθή και αποτελεσματική εκτέλεση της σύμβασης και να μην άγουν σε υπέρμετρο περιορισμό του δικαιώματος πρόσβασης στον διαγωνισμό, ώστε να διασφαλίζεται η ανάπτυξη ανταγωνισμού και η επιλογή της βέλτιστης προσφοράς (ΕΛΣυν Τμ. Μείζονος – Επταμελούς Σύνθεσης 3372/2011, 3065/2014, VI Τμ. 2484/2012, 558/2014, 3392/2015, 1759, 3329/2015).

14. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 54 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, το οποίο ενσωμάτωσε στην εθνική έννομη τάξη το άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, θα πρέπει οι τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και επιπλέον να μην θέτουν αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, υπό την έννοια ότι οφείλουν να αποφεύγουν διατάξεις που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, μέσω της ενσωμάτωσης σε αυτής χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου. Εξάλλου είναι αδικαιολόγητος ο περιορισμός του ανταγωνισμού μέσω τεχνικής προδιαγραφής που λειτουργεί ως κριτήριο αποκλεισμού από την ανάθεση, όταν μεταξύ άλλων δεν συνδέεται με το αντικείμενο της σύμβασης (πρβλ. σημ. 46 Προοιμίου Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, βλ. και ΔΕΕ, απόφαση της 17ης Σεπτεμβρίου 2002, C-513/99 Concordia, Συλλογή 2002, σ. I-7213, σκέψεις 59 και 65, απόφαση της 4ης Δεκεμβρίου 2003, C-448/01 Wienstrom, Συλλογή 2003, σ. I4527, σκέψη 34) ή παραβιάζει αρχές του ενωσιακού δικαίου, όπως της ίσης μεταχείρισης (ΔΕΕ,

απόφαση της 12ης Μαρτίου 2015, C-538/13 eVigilo, Ηλεκτρ. Συλλογή ECLI:EU:C:2015:166, σκέψη 33, απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, C-496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, Συλλογή 2004, σ. I-3801, σκέψη 110, απόφαση της 6ης Νοεμβρίου 2014, C-42/13 Cartiera dell' Adda, Ηλεκτρ. Συλλογή EU:C:2014:2345, σκέψη 44, απόφαση της 10ης Μαΐου 2012, C-368/10 Επιτροπή κατά Βασιλείου Κάτω Χωρών, Ηλεκτρ. Συλλογή ECLI:EU:C:2012:284, σκέψη 87 και Προτάσεις Γεν. Εισαγγελέως Kokkot στην ίδια υπόθεση, σημ. 104, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54, Αποφάσεις της 27.11.2001, Υποθέσεις C-285/99 και C-286/99, Impresa Lombardini SpA, σκέψη 37, Απόφαση της 19.06.2003, Υπόθεση C-315/01, GAT, σκέψη 73, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική, σκέψη 45· ΔΕΕ, Απόφαση της 24.05.2016, Υπόθεση C-396/14, MT Højgaard A/S, Züblin A/S, σκέψη 37 κλπ).

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

ή καθιστά δυσχερή τη συμμετοχή σε αυτόν δυνητικών υποψηφίων που δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι εκάστοτε τιθέμενες προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυνάμενων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων (βλ. Τμήμα Μείζονος-Επταμελούς Σύνθεσης 3372/2011).

16. Επειδή 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 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 307/2007), ενώ ομοίως έχει παγίως κριθεί, ότι απαράδέκτως προβάλλονται ισχυρισμοί ως προς την σκοπιμότητα της θέσπισης συγκεκριμένης προδιαγραφής (βλ. ΕΑ 354/2014, 1140/2010 ΕΑ 3719/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 977/2006 κ.ά.).

17. Επειδή ειδικότερα, η διαδικασία ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων προμηθειών και υπηρεσιών, οι οποίες εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, όπως η τελευταία αντικατέστησε την Οδηγία 2004/18/ΕΕ, περιείχε ωστόσο όμοια με αυτήν ρύθμιση, διέπεται από την αρχή της διαφάνειας ως βασική προϋπόθεσή της, προς διασφάλιση της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων. Ως εκ τούτου συνάγεται ότι όλοι οι όροι και οι λεπτομέρειες διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, με ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού, κατά τρόπο ώστε, αφενός μεν να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και έχοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύσουν με τον ίδιο τρόπο, ώστε κάθε ενδιαφερόμενος αφενός μεν να διαθέτει όλες τις πληροφορίες που του είναι απαραίτητες για να αποφασίσει αν θα μετάσχει ή μη στον προκηρυχθέντα διαγωνισμό, αφετέρου δε έκαστος ενδιαφερόμενος να έχει, σε περίπτωση συμμετοχής του στο διαγωνισμό, τις αυτές ακριβώς με τους λοιπούς διαγωνιζόμενους ευκαιρίες κατά το στάδιο

Αριθμός Απόφασης:512/2018

προετοιμασίας και υποβολής της προσφοράς του και εκ τρίτου να παρέχεται στην αναθέτουσα αρχή η δυνατότητα να ελέγξει αν όντως οι προσφορές των διαγωνιζομένων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ. Ράικο Δ., «Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων», Αθήνα-Θεσ/νικη, 2014, σελ. 177, υπ' αριθμ. 8 2/23.07.2014 Κατευθυντήρια Οδηγία της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., ΔΕΚ, απόφαση της 29.4.2004, C- 496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, σκ. 111, πρβλ. και αποφάσεις της 20.9.1988, C-31/87, Beentjes, της 25.4.1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, της 18.10.2001, C-19/00, SIAC Construction Ltd, της 12.12.2002, C-470/99, Universale- Bau AG, της 4.12.2003, C-448/01, EVN AG, WienstrommGmbH, ΣτΕ 311/2006 7μ., 3497/2006, 214-5/2011, 1583/2012, Ολ. ΕΑ 136/2013, ΕΑ 53/2011, σκ. 23).

18. Επειδή με την υπό κρίση προσφυγή της, η προσφεύγουσα επικαλείται ότι στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Β' με τίτλο «ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ – ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ – ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ», «ΓΕΝΙΚΟΙ ΟΡΟΙ – ΓΕΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΧΕΙΡΟΥΡΓΙΚΩΝ ΡΑΜΜΑΤΩΝ» στις «ΚΑΤΗΓΟΡΙΕΣ ΧΕΙΡΟΥΡΓΙΚΩΝ ΡΑΜΜΑΤΩΝ» της διακήρυξης (σελ. 53-54) προβλέπονται οι εκεί ζητούμενες προδιαγραφές για τα προς προμήθεια ράμματα. Ωστόσο, κατά την προσφεύγουσα οι τιθέμενες εκ της διακήρυξης προδιαγραφές, παραβιάζουν τα άρθρα 4 και 8 της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ, την απόφαση της 19ης Μαρτίου 2009, C-489/06, Επιτροπή των ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά της Ελληνικής Δημοκρατίας, του ΔΕΕ, αποφάσεις του ΣτΕ, κύρια εκ των οποίων είναι η 1863/2014 και αποφάσεις της Α.Ε.Π.Π., κύρια εκ των οποίων είναι η 347/2018. Περαιτέρω, κατά την προσφεύγουσα, οι προσβαλλόμενες διατάξεις της διακήρυξης παραβιάζουν διατάξεις της εσωτερικής και ενωσιακής νομοθεσίας, ιδίως δε, θέτουν επιπλέον προδιαγραφές περαν της σήμανσης CE για τα προϊόντα που φέρουν τη σχετική σήμανση, χωρίς ωστόσο να έχει κινηθεί η προβλεπόμενη διαδικασία διασφάλισης από τον Εθνικό Οργανισμό Φαρμάκων (Ε.Ο.Φ.).

19. Επειδή ως προς τις αιτιάσεις της προσφεύγουσας κατά των προσβαλλόμενων όρων της διακήρυξης πρέπει να ειπωθούν τα εξής. Πέρα από το γεγονός ότι οι αποφάσεις των ελληνικών δικαστηρίων και της Α.Ε.Π.Π., όσο παγιωμένη νομολογία και αν θεμελιώνουν, δεν αποτελούν σε καμία περίπτωση κανονιστικό πλαίσιο διεξαγωγής του διαγωνισμού και δεν υποκαθιστούν σε

καμία περίπτωση το θεσμοθετημένο νομοθετικό πλαίσιο που διέπει τη σύνομη σύνταξη της διακήρυξης ενός διαγωνισμού, η προσφεύγουσα, όπως ορθά υποστηρίζει και η παρεμβαίνουσα εταιρεία, δεν προσδιορίζει επακριβώς, με σαφήνεια και πληρότητα την πλημμέλεια των προσβαλλόμενων όρων της διακήρυξης ούτε κάνει ρητή αναφορά σε αυτούς, αλλά αρκείται σε μια γενικόλογη και αόριστη αναφορά, παραθέτοντας αποσπάσματα δικαστικών αποφάσεων, χωρίς περαιτέρω να συγκεκριμενοποιεί τις αιτιάσεις της και συνεπώς υπό αυτή την έννοια, η προσφυγή της κρίνεται ότι πάσχει αοριστίας. Επιπλέον, όπως υποστηρίζει και η αναθέτουσα στις από 22.06.2018 απόψεις της, οι οποίες αναρτήθηκαν στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. αυθημερόν, διευκρινίζονται αρκούτως ικανοποιητικά οι λόγοι για τους οποίους οι προσβαλλόμενες προδιαγραφές διατυπώθηκαν ούτως. Συγκεκριμένα η αναθέτουσα αναφέρει: «[...] 2. Επειδή, κατά τα οριζόμενα στην προσβαλλόμενη Διακήρυξη, τα υπό προμήθεια ράμματα συνιστούν ιατροτεχνολογικά προϊόντα, τα οποία εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της ΥΑ ΔΥ7/οικ. 2480/19.8.1994 όπως αυτή ενσωμάτωσε στην εσωτερική έννομη τάξη την Οδηγία 93/42/ΕΟΚ Περαιτέρω δε, από την περιγραφή των τεχνικών χαρακτηριστικών του προκύπτει ότι τα υπό προμήθεια είδη, ήτοι τα ράμματα κάθε τύπου απαιτείται να είναι πιστοποιημένα από Κοινοποιημένο Οργανισμό που βρίσκεται εγκαταστημένος και λειτουργεί νόμιμα στο έδαφος ενός από τα Κράτη Μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης και να φέρουν σε ευκρινή θέση του τελικού περιέκτη τους την προβλεπόμενη σήμανση CE, η οποία αποδεικνύει την συμμόρφωσή τους με τις απαιτήσεις της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ, (ΔΥ7/οικ.2480 ΚΥΑ – Εναρμόνιση της Ελληνικής Νομοθεσίας προς την οδηγία 93/42/ΕΟΚ/14-06-93 του Συμβουλίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης που αφορά στα ιατροτεχνολογικά προϊόντα – ΦΕΚ 679/τευχ. Β/13-09-94) και των σχετικών μονογραφιών της Ευρωπαϊκής Φαρμακοποιίας (βλ. σελ 41 της προσβαλλομένης διακήρυξης) όπως και ειδικές τεχνικές προδιαγραφές (βλ. Παράρτημα Α της προσβαλλομένης διακήρυξης) οι οποίες θίγονται εν μέρει με την υπό κρίση προσφυγή. Κρίσιμο στοιχείο αποτελεί επίσης ότι στην προσβαλλομένη Διακήρυξη τίθεται ως κριτήριο ανάθεσης της επίμαχης σύμβασης η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει

τιμής. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη -πλην τυχόν ειδικότερων όρων χρηματοδότησης - να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση της σύμβασης προμήθειας, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές με βάση τις ανάγκες της και την σκοπιμότητα χρήσης των υπό προμήθεια εργαλείων, 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 κ.ά.). [...].», ενώ σε άλλο σημείο των απόψεων αναφέρεται ότι: «[...] Όπως προκύπτει εκ του ως άνω κειμένου, η ως άνω περιγραφή «ΚΑΤΗΓΟΡΙΕΣ ΧΕΙΡΟΥΡΓΙΚΩΝ ΡΑΜΜΑΤΩΝ» της διακήρυξης (σελ 53), ως συνέχεια των γενικών τεχνικών προδιαγραφών ραμμάτων (σελ. 51), αναφέρεται μεν σε 14 γενικές κατηγορίες ραμμάτων που υπάρχουν , χωρίς όμως να αναφέρεται οτι υπάρχει αριθμητική αντιστοίχιση με τα ζητούμενα είδη στον πίνακα ειδών που ακολουθεί και τα οποία δεν καλύπτουν και ούτε αντιστοιχούν σε όλες τις ως άνω αναφερόμενες κατηγορίες ραμμάτων. Από τον ως άνω πίνακα δεν ζητούνται είδη που να αφορούν στην κατηγορία (4α) ΡΑΜΜΑΤΑ ΣΥΝΘΕΤΙΚΑ ΑΠΟΡΡΟΦΗΣΙΜΑ ΠΛΕΚΤΑ ΜΕΣΗΣ ΑΠΟΡΡΟΦΗΣΗΣ ΜΕ ΚΑΙ ΧΩΡΙΣ ΒΕΛΟΝΗ ΓΙΑ ΑΠΟΦΥΓΗ ΛΟΙΜΩΞΕΩΝ ΤΩΝ ΧΕΙΡΟΥΡΓΙΚΩΝ ΤΟΜΩΝ .Συγκεκριμένα και αναφορικά με τα σημεία της προσφυγής σας διευκρινίζουμε τα ακόλουθα:

Αριθμός Απόφασης:512/2018

- *ΒΕΛΟΝΕΣ ΑΠΟ ΑΝΟΔΕΙΔΩΤΟ ΧΑΛΥΒΑ 455 ΚΑΙ ΑΝΩ...*

στον πίνακα ειδών προς προμήθεια ΔΕΝ ζητούνται είδη με τις συγκεκριμένες πρόσθετες τεχνικές προδιαγραφές γιαυτό και δεν ζητήθηκε έγκριση από τον ΕΟΦ

- *ΔΥΝΑΜΗ ΤΑΣΗΣ ΚΑΙ ΧΡΟΝΟΣ ΑΠΟΡΡΟΦΗΣΗΣ*

στον πίνακα ειδών προς προμήθεια ΔΕΝ ζητούνται είδη με τις συγκεκριμένες πρόσθετες τεχνικές προδιαγραφές γιαυτό και δεν ζητήθηκε έγκριση από τον ΕΟΦ

- *ΕΠΙΚΑΛΥΨΗ ΤΟΥ ΡΑΜΜΑΤΟΣ ΝΑ ΕΙΝΑΙ ΑΠΟ ΤΟ ΙΔΙΟ ΥΛΙΚΟ*

στον πίνακα ειδών προς προμήθεια ΔΕΝ ζητούνται είδη με τις συγκεκριμένες πρόσθετες τεχνικές προδιαγραφές γιαυτό και δεν ζητήθηκε έγκριση από τον ΕΟΦ

- *ΡΑΜΜΑΤΑ ΠΡΟΣ ΑΠΟΦΥΓΗ ΛΟΙΜΩΞΕΩΝ (ΤΑ ΓΝΩΣΤΑ ΔΗΘΕΝ ΒΑΚΤΗΡΙΟΣΤΑΤΙΚΑ ΡΑΜΜΑΤΑ)*

στον πίνακα ειδών προς προμήθεια ΔΕΝ ζητούνται είδη με τις συγκεκριμένες πρόσθετες τεχνικές προδιαγραφές γιαυτό και δεν ζητήθηκε έγκριση από τον ΕΟΦ

- *ΡΑΜΜΑΤΑ ΣΥΝΘΕΤΙΚΑ ΜΟΝΟΚΛΩΝΑ ΤΑΧΕΙΑΣ ΑΠΟΡΡΟΦΗΣΗΣ*

στον πίνακα ειδών προς προμήθεια ΔΕΝ ζητούνται είδη με τις συγκεκριμένες πρόσθετες τεχνικές προδιαγραφές γιαυτό και δεν ζητήθηκε έγκριση από τον ΕΟΦ

- *ΣΤΗΝ ΚΑΤΗΓΟΡΙΑ 11*

Αναφέρονται οι κωδικοί 202,203,204,205,206,207,208,209,210και αφορούν τις αγγειακές αναστομώσεις , είναι όλα απλά ράμματα σύμφωνα με το παρατηρητήριο τιμών και ως προς την περιγραφή και ως προς την τιμή.

- *ΣΤΗΝ ΚΑΤΗΓΟΡΙΑ 14*

Αναφέρονται τα είδη των κωδικών 211 και 217, 218 όπου η περιγραφή είναι απλή , γενική και απολύτως τεκμηριωμένη ως προς το υλικό :211-ΚΕΡΙ ΟΣΤΩΝ 2,5 ΓΡ. , 217-ΣΙΛΙΚΟΝΟΥΧΑ ΤΑΙΝΙΑ ΑΓΓΕΙΩΝ 1,5 ΧΙΛ.χ45 ΕΚ. , 218- ΣΙΛΙΚΟΝΟΥΧΑ ΤΑΙΝΙΑ ΑΓΓΕΙΩΝ 1,1 ΧΙΛ.χ45 ΕΚ.

Επειδή, λαμβανομένης υπόψη της πάγιας κατά τα ανωτέρω νομολογίας του ΣτΕ σε συνδυασμό με την απόφαση του ΔΕΕ στην υπόθεση C6/05 Medipac-Καζαντζίδης ΑΕ κατά Βενιζελείου-Πανανείου (ΠΕ.Σ.Υ. Κρήτης) όπως και με τη με αριθ. 3/2016 ειδική έκθεση της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., εκπονήθηκε η με αριθ. πρωτ. 5657/28.11.2016 εγκύκλιος της Επιτροπής Προμηθειών Υγείας για την εναρμόνιση των τεχνικών προδιαγραφών με τις διατάξεις της νομοθεσίας περί ιατροτεχνολογικών προϊόντων, κατά το

περιεχόμενο της οποίας συνάγεται ότι όταν κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης είναι αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς μόνο βάσει τιμής (ήτοι η χαμηλότερη τιμή), οι αναθέτουσες αρχές απαγορεύεται να θεσπίζουν τεχνικές προδιαγραφές των ιατροτεχνολογικών προϊόντων που ζητούν να προμηθευτούν, οι οποίες περιορίζουν ή αποκλείουν από την προμήθεια ιατροτεχνολογικά προϊόντα που φέρουν τη σήμανση CE, εκτός εάν συντρέχουν λόγοι αποφυγής κινδύνων ασφαλείας ή/και υγείας και εφόσον προηγουμένως έχουν ενημερώσει τον Ε.Ο.Φ. και έχει από αυτόν κινηθεί και ολοκληρωθεί η καθοριζόμενη διαδικασία διασφάλισης, συνθήκες υπό τις οποίες είναι δυνατή η θέσπιση και επιπρόσθετων τεχνικών προδιαγραφών. Ωστόσο, όπως προκύπτει από τα ως άνω εκτιθέμενα, και πολύ συγκεκριμένα από τον πίνακα των υπο προμήθεια ειδών που ζητούνται αναλυτικά από τις τεχνικές προδιαγραφές της εν λόγω διακήρυξης, δεν ζητούνται είδη με συγκεκριμένες πρόσθετες τεχνικές προδιαγραφές, ώστε να περιορίζονται ή να αποκλείονται από την προμήθεια ιατροτεχνολογικά προϊόντα που φέρουν τη σήμανση CE, γι' αυτό και από την Αναθέτουσα αρχή δεν ζητήθηκε έγκριση από τον ΕΟΦ, όπως κατά τα ως άνω το ισχύον νομοθετικό πλαίσιο προβλέπει. [...]».

20. Επειδή αντίστοιχα, με τη με αριθμό πρωτοκόλλου 5657/28.11.2016 Εγκύκλιο της Επιτροπής Προμηθειών Υγείας ορίστηκε μεταξύ άλλων ότι: «[...] Αποφασίζουν, μετά από διαλογική συζήτηση μεταξύ τους, ομόφωνα ότι τα δημόσια νοσοκομεία και οι λοιποί φορείς της παραγράφου 1 του άρθρου 9 του ν.3580/2007, όταν προμηθεύονται ιατροτεχνολογικά προϊόντα που εντάσσονται στο ρυθμιστικό περιεχόμενο της οδηγίας 93/42/ΕΟΚ περί ιατροτεχνολογικών προϊόντων, ενεργούν, σύμφωνα με τις διατάξεις της Κ.Υ.Α. ΔΥ8δ/Γ.Π.οικ.130648/2009, με την οποία ενσωματώθηκε στο εθνικό δίκαιο η οδηγία 93/42/ΕΟΚ, τις διατάξεις της οδηγίας αυτής, τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης και του Συμβουλίου της Επικρατείας επί των δύο αυτών νομοθετημάτων, και την 3/2016 ειδική έκθεση της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., ως εξής: Πρώτον, απαγορεύεται να θεσπίζουν τεχνικές προδιαγραφές των ιατροτεχνολογικών προϊόντων που ζητούν να προμηθευτούν, οι οποίες περιορίζουν ή αποκλείουν από την προμήθεια ιατροτεχνολογικά προϊόντα που φέρουν τη σήμανση CE. Δεύτερον, κατ' εξαίρεση του ανωτέρω κανόνα,

Αριθμός Απόφασης:512/2018

επιτρέπεται, όταν συντρέχουν λόγοι αποφυγής κινδύνων ασφαλείας ή/και υγείας και εφόσον προηγουμένως έχουν ενημερώσει τον Ε.Ο.Φ. και έχει από αυτόν κινηθεί και ολοκληρωθεί η καθοριζόμενη από το άρθρο 8 της Κ.Υ.Α. ΔΥ8δ/Γ.Π.οικ.130648/2009 (άρθρο 8 της οδηγίας 93/42/ΕΟΚ) ρήτρα (διαδικασία) διασφάλισης, να θεσπίζουν, σύμφωνα με το αποτέλεσμα της ρήτρας (διαδικασίας) διασφάλισης, επιπρόσθετες τεχνικές προδιαγραφές των ιατροτεχνολογικών προϊόντων που ζητούν να προμηθευτούν, οι οποίες περιορίζουν ή αποκλείουν από την προμήθεια ιατροτεχνολογικά προϊόντα που φέρουν τη σήμανση CE. Τρίτον, στην περίπτωση που η σύμβαση της προμήθειας ιατροτεχνολογικών προϊόντων που διενεργούν δεν πρόκειται να ανατεθεί με κριτήριο τη συμφερότερη από οικονομική άποψη προσφορά που προσδιορίζεται αποκλειστικώς από την τιμή σύμφωνα με την παράγραφο 2 του άρθρου 86 του ν.4412/2016 (πρόκειται για το ισοδύναμο κριτήριο της χαμηλότερης τιμής κατά το προΐσχύον δίκαιο), αλλά από το κόστος, δύνανται να θεσπίζουν κριτήρια, όπως τα ενδεικτικώς οριζόμενα στη διάταξη της ίδιας ως άνω παραγράφου, με τα οποία αξιολογούν τα προσφερόμενα ιατροτεχνολογικά προϊόντα, υπό τον εξυπακουόμενο όρο ότι τα κριτήρια αυτά δεν περιορίζουν ή αποκλείουν από την προμήθεια ιατροτεχνολογικά προϊόντα που φέρουν τη σήμανση CE. Με άλλα λόγια, στην περίπτωση που σύμβαση προμήθειας ιατροτεχνολογικών προϊόντων ανατίθεται με κριτήριο το κόστος, τα κριτήρια που κατά τη διακριτική τους ευχέρεια θέτουν για την εκτίμηση του κόστους (λ.χ. κριτήρια ποιότητας) δεν επιτρέπεται να περιορίζουν ή αποκλείουν από την προμήθεια ιατροτεχνολογικά προϊόντα που φέρουν τη σήμανση CE, αλλά επιτρέπεται, δυνάμει των κριτηρίων αυτών, να τα αξιολογούν.». Κατά συνέπεια, όπως ήδη αναφέρθηκε και από την ίδια την αναθέτουσα, αλλά και υποστηρίζει προς διατήρηση της προσβαλλόμενης η παρεμβαίνουσα εταιρεία, σε αντίθεση με όσα διατείνεται η προσφεύγουσα στην υπό κρίση προσφυγή της, δεν ζητούνται είδη με συγκεκριμένες πρόσθετες τεχνικές προδιαγραφές, ώστε να περιορίζονται ή να αποκλείονται από την προμήθεια ιατροτεχνολογικά προϊόντα που φέρουν τη σήμανση CE, αλλά και δεν προβλέπονται πρόσθετες προδιαγραφές πέραν του CE για τα προς προμήθεια είδη του διαγωνισμού και

για τον λόγο αυτό δεν κινήθηκε η διαδικασία διασφάλισης ενώπιον του Ε.Ο.Φ.. Επιπρόσθετα, οι ζητούμενες προδιαγραφές είναι απόλυτα τεκμηριωμένες και ανήκουν στη ανέλεγκτη κρίση της αναθέτουσας, ως προς τη σκοπιμότητα θέσπισής τους. Ως εκ τούτου, τα περί του αντιθέτου επικαλούμενα από την προσφεύγουσα κατά των προδιαγραφών της διακήρυξης, προβάλλονται αλυσιτελώς.

21. Επειδή σε σχέση με τα ως άνω διαλαμβανόμενα, σύμφωνα με τα με αριθμό πρωτοκόλλου 5519/15.11.2016 και 5609/23.11.2016 έγγραφα της Επιτροπής Προμηθειών Υγείας (Ε.Π.Υ.) ορίζεται ότι: *«[...] Κατά συνέπεια κάθε αναθέτουσα αρχή πλέον έχει την αρμοδιότητα και ευθύνη της έγκρισης των τεχνικών προδιαγραφών των προμηθειών που αυτή διενεργεί για λογαριασμό της»* και *«...από τη θέση σε ισχύ του Ν. 4412/2016 και εντεύθεν οι τεχνικές προδιαγραφές κάθε αναθέτουσας αρχής εγκρίνονται από το όργανο διοίκησής της.»*. Ομοίως, στο με αριθμό πρωτοκόλλου 4661/14.09.2016 έγγραφο της Ε.Π.Υ. σχετικά με την αρμοδιότητά της να εγκρίνει τεχνικές προδιαγραφές μετά τη θέση σε ισχύ του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: *«[...] Οι φορείς του άρθρου 9 του Ν.3580/2007 δεν δεσμεύονται από την διαδικασία που είχε θεσπίσει η ΕΠΥ με προηγούμενες αποφάσεις της και μετά την εφαρμογή του Ν.4412/2016 δεν εγκρίνει πλέον τις τεχνικές προδιαγραφές των φορέων. Κάθε φορέας δύναται να χρησιμοποιήσει τεχνικές προδιαγραφές που είτε είχαν εγκριθεί με τη διαδικασία που είχε ορίσει η ΕΠΥ στις προηγούμενες αποφάσεις της, είτε χωρίς τη διαδικασία αυτή εφόσον προηγουμένως επανελεγχθούν και διαπιστωθεί η πλήρη εναρμόνιση του περιεχομένου τους με τις απαιτήσεις που τίθενται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016 και ιδίως αυτές που καθορίζονται στο άρθρο του 54»*. Ενόψει των ανωτέρω εγγράφων καταλείπεται στην απόλυτη διακριτική ευχέρεια των αναθετουσών αρχών ως προς τους όρους σύνταξης των διακηρύξεων για τους διαγωνισμούς που προκηρύσσουν.

22. Επειδή ακόμα και οι τεχνικές προδιαγραφές του Εθνικού Κέντρου Αξιολόγησης της Ποιότητας και Τεχνολογίας στην Υγεία (Ε.Κ.Α.Π.Τ.Υ.), έχουν ημερομηνία έκδοσής τους τις 10.05.2011, χωρίς έκτοτε ο συγκεκριμένος φορέας να τις έχει αναθεωρήσει, γεγονός που εγείρει βάσιμες αμφιβολίες για τον επίκαιρο χαρακτήρα τους, αφού για ιατροτεχνολογικά προϊόντα και μηχανήματα

υψηλής τεχνολογίας, όπως εν προκειμένω, είναι πέραν πάσης αμφιβολίας δεδομένο ότι θα μπορούσαν να θεωρηθούν παρωχημένες και δεν θα μπορούσαν να αποτελέσουν ασφαλή βάση για τη σύνταξη των τεχνικών προδιαγραφών του συγκεκριμένου διαγωνισμού. Άλλωστε, όπως προκύπτει και από το με αριθμό πρωτοκόλλου 54468/07.09.2017 έγγραφο του Ε.Κ.Α.Π.Τ.Υ., το οποίο κοινοποιήθηκε στην Α.Ε.Π.Π., μετά από έγγραφο ερώτημά της, σχετικά με την ύπαρξη σε ισχύ ενιαίων τεχνικών προδιαγραφών ιατροτεχνολογικών προϊόντων και μηχανημάτων που έχει εκπονήσει ή εγκρίνει, το Ε.Κ.Α.Π.Τ.Υ. απάντησε ότι δεν γνωρίζει. Επιπλέον οι συγκεκριμένες τεχνικές προδιαγραφές του Ε.Κ.Α.Π.Τ.Υ., αφενός ορίζουν τις ελάχιστες ποιοτικές προδιαγραφές των σχετικών ιατροτεχνολογικών προϊόντων, χωρίς ουδόλως να περιορίζουν τις αναθέτουσες να απαιτούν διαφορετικά ποιοτικά χαρακτηριστικά, ειδικά από τη στιγμή που όπως ήδη εκτέθηκε ανωτέρω, ελλοχεύει ο κίνδυνος να είναι τεχνολογικά ξεπερασμένα, αφετέρου, ακόμα και αν υποθεθεί ότι ανταποκρίνονται στις σύγχρονες τεχνολογικές εξελίξεις, έχουν γνωμοδοτικό και όχι δεσμευτικό χαρακτήρα για τις αναθέτουσες, υπό την έννοια ότι δεν είναι υποχρεωτικές για αυτές, αλλά προτείνονται σαν κατευθυντήριες γραμμές (guidelines). Έτι περαιτέρω, σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι αποτελούν εθνικά πρότυπα ή παραπομπή σε διεθνή πρότυπα, ούτε αποτελούν τεχνικές προδιαγραφές συνταγμένες κατά την έννοια και τους όρους της παρ. 9 του άρθρου 54 του Ν. 4412/2016 (Α.Ε.Π.Π. 80/2017, 93/2017, 292/2018, 467/2018).

23. Επειδή εξάλλου, από την υπ' αριθμ. 3/2016 Ειδική Έκθεση της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.), η οποία αφορούσε την ορθή εφαρμογή των διατάξεων της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ, κυρίως σε σχέση με την αναφορά στις τεχνικές προδιαγραφές των ελεγχόμενων διαγωνισμών «ειδικών» ή πρόσθετων απαιτήσεων για τα υπό προμήθεια ιατροτεχνολογικά προϊόντα και μηχανήματα, προέκυψε ότι σχετικά με τη διαδικασία σύνταξης τεχνικών προδιαγραφών σε διαγωνισμούς προμήθειας ιατροτεχνολογικών προϊόντων και μηχανημάτων, ελλείπει εγκεκριμένων πρότυπων τεχνικών προδιαγραφών, η ευθύνη εκπόνησης των τεχνικών προδιαγραφών για τους επίμαχους διαγωνισμούς ανήκει στις συγκεκριμένες κάθε φορά επιτροπές σύνταξης τεχνικών προδιαγραφών, οι οποίες επιχειρώντας να καθορίσουν τα είδη και τις προδιαγραφές για την κάλυψη

των ειδικότερων αναγκών κάθε νοσοκομείου (αναθέτουσας), βασίζονται εν πολλοίς στις κατά περίπτωση εξειδικευμένες απαιτήσεις τους. Με τον τρόπο αυτό, καταλείπεται στις επιτροπές αυτές ευρεία διακριτική ευχέρεια για τη διαμόρφωση των τεχνικών προδιαγραφών, με αποτέλεσμα πολλές φορές να συμπεριλαμβάνονται σε αυτές και πρόσθετες ή ειδικές προδιαγραφές που βαίνουν πέραν των προτύπων ή της φαρμακοποιίας. Το συμπτωματικό και τυχαίο γεγονός ότι οι συγκεκριμένες κάθε φορά τεχνικές προδιαγραφές τυγχάνουν ενδεχομένως αποδοχής ή έγκρισης από τους αρμόδιους δημόσιους φορείς (Ε.Κ.Α.Π.Τ.Υ. και Ε.Π.Υ.) ή ότι συμβαδίζουν με αυτούς, δεν διασφαλίζει εκ προοιμίου τη «νομιμότητα» των επίμαχων διακηρύξεων. Συγκεκριμένα, η έλλειψη ενιαίων πρότυπων τεχνικών προδιαγραφών, δεν καθιστά δυνατό εν τοις πράγμασι τον έλεγχο συμμόρφωσης των τεχνικών προδιαγραφών με τις διατάξεις της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ και την ουσιαστική έγκριση αυτών. Η διαδικασία έγκρισης των τεχνικών προδιαγραφών που ακολουθείται έως σήμερα έχει μάλλον τυπικό χαρακτήρα και αποσκοπεί κυρίως στην κάλυψη των άμεσων αναγκών των νοσοκομείων χωρίς να εισέρχεται κατ' ουσία στην τεχνική κρίση αυτών. Επίσης, στο παρελθόν και για την αντιμετώπιση των προβλημάτων που είχαν ήδη επισημανθεί σε δημόσιους διαγωνισμούς, επιχειρήθηκε από το Ε.Κ.Α.Π.Τ.Υ. να διαμορφωθούν ενιαίες πρότυπες τεχνικές προδιαγραφές για τα ιατροτεχνολογικά προϊόντα και μηχανήματα όλων των κατηγοριών της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ, η οποία εν τέλει ολοκληρώθηκε μόνο για ορισμένα ιατροτεχνολογικά προϊόντα-μηχανήματα. (π.χ. αξονικούς τομογράφους), ενώ επί του παρόντος βρίσκεται σε εξέλιξη διαδικασία για σύνταξη τεχνικών προδιαγραφών από την Ε.Π.Υ. σε συνεργασία με το Ε.Κ.Α.Π.Τ.Υ., κατόπιν διενεργηθείσας διαβούλευσης, όπως παραδέχεται και το Ε.Κ.Α.Π.Τ.Υ. στο με αριθμό πρωτοκόλλου 54468/07.09.2017 έγγραφό του. Κατόπιν των ανωτέρω, καθίσταται σαφές ότι, ελλείψει εγκεκριμένων ενιαίων τεχνικών προδιαγραφών, οι αναθέτουσες αρχές στο πλαίσιο διενέργειας διαγωνιστικών διαδικασιών για την προμήθεια ιατροτεχνολογικών προϊόντων και μηχανημάτων, θα πρέπει να επιδεικνύουν τη δέουσα επιμέλεια τόσο κατά το στάδιο σύνταξης των τεχνικών προδιαγραφών όσο και κατά το στάδιο αξιολόγησης των υποβληθεισών προσφορών για την ορθή εφαρμογή των διατάξεων της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ. Κατά συνέπεια, ενόψει των όσων εκτέθηκαν στις αμέσως προηγούμενες

σκέψεις, αναφορικά με την ευρεία διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας, ως προς τη σύνταξη των τεχνικών προδιαγραφών του επίμαχου διαγωνισμού και τέλος τα όσα αναφέρει αναλυτικά η αναθέτουσα στις υποβληθείσες απόψεις της, συνάγεται ότι οι προσαλλόμενες με την κρινόμενη προσφυγή προδιαγραφές της διακήρυξης είναι εύλογες και έχουν τεθεί σε προφανή αναλογία με το αντικείμενο του διαγωνισμού, χωρίς να παραβιάζεται η αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων. Εξάλλου, παρά τα όσα αναφέρει η προσφεύγουσα στην κρινόμενη προσφυγή της, όπως βάσιμα υποστηρίζει και η παρεμβαίνουσα εταιρεία, αφενός η προσφεύγουσα δεν απέδειξε πέραν πάσης αμφιβολίας με ποιο ειδικό και συγκεκριμένο τρόπο βλάπτεται ή αποτρέπεται από την υποβολή προσφοράς, έστω και με επιφύλαξη, εξαιτίας της ύπαρξης του επίμαχου όρου, αφετέρου εν τέλει υπέβαλε στον υπό κρίση διαγωνισμό την από 19.06.2018 και ώρα 13:47:11 μ.μ. υπ' αριθμ. 99959, σφραγισμένη προσφορά της, συμμετέχοντας σε αυτόν με το κείμενο της διακήρυξης να περιλαμβάνει τους προσαλλόμενους λόγους χωρίς καμία απολύτως τροποποίηση. Παράλληλα, η παρεμβαίνουσα αποδεικνύει με τους προσαλλόμενους ισχυρισμούς της ότι η προσφεύγουσα, καίτοι βάλλει κατά των περιλαμβανομένων στη διακήρυξη προδιαγραφών, εντούτοις όχι μόνο έχει λάβει μέρος, αλλά έχει αναδειχθεί και ανάδοχος, σε σειρά διαγωνισμών, συναφούς αντικειμένου, με την εν λόγω προμήθεια, που περιελάμβαναν στο κείμενο της διακήρυξης, αντίστοιχους όρους, χωρίς ποτέ να τεθεί υπό αμφισβήτηση η αντικειμενική δυνατότητα συμμετοχής της ή ανάδειξης της προσφοράς της σε πλέον συμφέρουσα και ως εκ τούτου, προκύπτει άνευ άλλου τινός, ότι ουδεμία βλάβη ή de facto αποκλεισμός των προϊόντων της διαπιστώνεται.

24. Επειδή όπως συνάγεται από τα ανωτέρω, οι τιθέμενες δια της διακήρυξης τεχνικές προδιαγραφές, αποτελούν χαρακτηριστικά τεχνικές προδιαγραφές (ΔΕΕ, Απόφαση της 10ης Μαΐου 2012, C-368/10, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Βασιλείου Κάτω Χωρών, σκ. 74), τις οποίες ο διαγωνιζόμενος πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να διαθέτει και δεν είναι ασύνδετες ή δυσανάλογες με το αντικείμενο του διαγωνισμού. Αντιθέτως, κατά την εκτίμηση των αναγκών της αναθέτουσας αρχής, οι τεθείσες στη διακήρυξη απαιτήσεις σκοπούν στην επίτευξη της ευρύτερης δυνατής συμμετοχής στον διαγωνισμό και την ανάπτυξη του μέγιστου

δυνατού ανταγωνισμού. Η δε εφαρμογή των τεχνικών προδιαγραφών είναι οριζόντια, έχουν γίνει εκ των προτέρων και έγκαιρα, γνωστές σε ευρύ κύκλο προσώπων και δεν κρίνεται ότι πριμοδοτούν αθέμιτα, ορισμένα προϊόντα υποψήφιων προμηθευτών, έναντι άλλων. Συνεπώς, ενόψει όλων των ανωτέρω εκτεθέντων, η υπό κρίση προσφυγή κρίνεται απορριπτέα και αντίστοιχα πρέπει να γίνει δεκτή η ασκηθείσα παρέμβαση.

25. Επειδή, πρέπει να γίνει δεκτή η ασκηθείσα παρέμβαση.

26. Επειδή, κατ' ακολουθίαν η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

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

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την ασκηθείσα παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 3 Ιουλίου 2018 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Μιχαήλ. Χ. Οικονόμου

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Ειρήνη Τσιμπούκη