

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 10 Οκτωβρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Άννα Χριστοδουλάκου-Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου-Εισηγητής, και Ευαγγελία Μιχολίτση, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 13.09.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)-Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/921/14.09.2018 της προσφεύγουσας Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «.....», που εδρεύει, οδός αρ., η οποία κατατέθηκε στις 13 Σεπτεμβρίου 2018, νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του Γενικού Νοσοκομείου που εδρεύει στο (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Της Παρεμβαίνουσας εταιρείας, με την επωνυμία «.....», η οποία εδρεύει, αρ., όπως νόμιμα εκπροσωπείται και η οποία κατέθεσε την από 24.09.2018 Παρέμβαση.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση των προσβαλλόμενων όρων της διακήρυξης.

Με την ανωτέρω Παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα αιτείται την απόρριψη της υπό κρίση Προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης ως προς όλα τα κεφάλαια αυτής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Οικονόμου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε Ηλεκτρονικό Διεθνή Ανοιχτό Διαγωνισμό, (ΔΙΑΚΗΡΥΞΗ ΜΕ ΑΡΙΘΜΟ ΑΝΟΙΧΤΟΥ ΔΙΕΘΝΟΥΣ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟΥ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΓΙΑ ΤΗΝ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΙΑΤΡΟΤΕΧΝΟΛΟΓΙΚΟΥ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ ΜΕ ΚΡΙΤΗΡΙΟ ΑΝΑΘΕΣΗΣ ΤΗΝ

Αριθμός Απόφασης: 838/2018

ΠΛΕΟΝ ΣΥΜΦΕΡΟΥΣΑ ΑΠΟ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΑΠΟΨΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΒΑΣΕΙ ΤΙΜΗΣ, ΣΥΝΟΛΙΚΟΥ ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΥ 445.500,00 € συμπεριλαμβανομένου του αναλογούντος Φ.Π.Α) με Αριθμό Συστήματος Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. Η διακήρυξη, αναρτήθηκε στο ΚΗΜΗΔΗΣ στις 31.08.2018.

2. 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.

3. Επειδή έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου 233152252958 1112 0094), ποσού εξακοσίων ευρώ (600,00 €), καθώς το τμήμα που συμμετέχει η Προσφεύγουσα έχει προϋπολογισμό 74.596,77 ευρώ άνευ ΦΠΑ.

4. Επειδή ο επίδικος διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικείμενου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και ως εκ τούτου στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016.

5. 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 το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

6. 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.

7. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, εφόσον η Προσφεύγουσα έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης διακήρυξης στις 03/09/2018.

8. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, βάσει της λεκτικής διατύπωσης του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016, το έννομο συμφέρον δύναται να θεμελιωθεί και επί τη βάσει της ενδεχόμενης βλάβης, εφόσον, παρέχεται επαρκής τεκμηρίωση των λόγων που αποδεικνύουν με ενάργεια τον επικείμενο κίνδυνο, χωρίς να απαιτείται για την υποβολή προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, να συνιστά ο

προσφεύγων συμμετέχοντα στο διαγωνισμό (βλ. απόφαση ΔΕΕ της 11ης-1-2005, C-26/03, Stadt Halle, σκέψη 40).

9. Επειδή με την υπό κρίση Προσφυγή της η Προσφεύγουσα με έννομο συμφέρον στρέφεται κατά των ειδικών τεχνικών προδιαγραφών των υπό προμήθεια Μηχανημάτων τεχνητού νεφρού αιμοδιήθησης και ON-LINE Μεθόδων, εφόσον η προσφεύγουσα δραστηριοποιείται στην σχετική με τον διαγωνισμό αγορά παροχής υπηρεσιών, έτσι ώστε η διατήρηση της ισχύος των προβαλλόμενων όρων θα καταστήσει αντικειμενικά αδύνατη την συμμετοχή της στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία.

10. Επειδή, κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 360 και 372 παρ. 1 του ν. 4412/2016, το θεσπιζόμενο με το νόμο αυτό σύστημα παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την πιθανολογούμενη εκ μέρους του της αναθέτουσας αρχής παράβαση των κανόνων οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος (ΔΕφΑθ 89/2018). Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει αίτηση αναστολής κατά της διακήρυξης ή τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί βλάβη από όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατά την άποψή του τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή του στον διαγωνισμό. Τα ανωτέρω ισχύουν, πολύ περισσότερο, εάν η προθεσμία για την κατάθεση προσφοράς λήξει, πριν εκδικασθεί η αίτηση αναστολής, και ο αιτών δεν έχει λάβει μέρος (με επιφύλαξη) στον διαγωνισμό, οπότε το έννομο συμφέρον του διατηρείται μόνον εφόσον έχει

προβάλει κατά τρόπο συγκεκριμένο και ειδικό ότι η διακήρυξη περιλαμβάνει όρο ή όρους που αποκλείουν παρανόμως τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό ή ότι την εκ μέρους του υποβολή προσφοράς κατέστησαν ανέφικτη ή ουσιωδώς δυσχερή ορισμένες, προβαλλόμενες με την αίτηση αναστολής, πλημμέλειες της διακήρυξης (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 9/2015, 415/2014, 314/2013, 472/2012, 882/2011). Ο αυτός συλλογισμός ισχύει στην εν θέματι υπόθεση και για την Παρεμβάινουσα η οποία ομοίως θεμελιώνει το έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό εξέταση παρέμβασής της.

11. Επομένως, η Προσφυγή και η Παρέμβαση πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξεταστούν περαιτέρω κατά την ουσία τους.

12. Επειδή ενόψει των ανωτέρω, σύμφωνα και με το άρθρο 360 του Ν. 4412/2016 με την ενώπιον της ΑΕΠΠ προδικαστική προσφυγή προσβάλλεται εκτελεστή πράξη ή παράλειψη «αναθέτουσας αρχής», δηλαδή αρχής, η οποία εκδίδει πράξεις ή προβαίνει σε παραλείψεις στο στάδιο ανάθεσης δημόσιας σύμβασης έργου, προμήθειας ή υπηρεσίας, όπως προκύπτει από τη συνδυαστική ερμηνεία του ως άρθρου 347 παρ. 1 και του άρθρου 2 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 που προβλέπει ότι *«ως «δημόσιες συμβάσεις» και ως «συμβάσεις έργων, υπηρεσιών και προμηθειών» νοούνται οι συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας οι οποίες συνάπτονται γραπτώς μεταξύ ενός ή περισσότερων οικονομικών φορέων και μιας ή ενός ή περισσότερων αναθετουσών αρχών/ αναθετόντων φορέων, αντίστοιχα, και έχουν ως αντικείμενο την εκτέλεση έργων, την προμήθεια αγαθών ή την παροχή υπηρεσιών».*

13. Επειδή, η προσβαλλόμενη Διακήρυξη έχει ως αντικείμενο, την προμήθεια ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού. Ειδικότερα, όπως σαφώς προκύπτει από το περιεχόμενο της προσβαλλόμενης Διακήρυξης, το υπό προμήθεια είδος συνιστά ιατροτεχνολογικό προϊόν και ως τέτοιο εμπίπτει στην κατηγορία προϊόντων για τα οποία εφαρμόζεται η Οδηγία 93/42/ΕΟΚ για τα ιατροτεχνολογικά προϊόντα όπως έχει ενσωματωθεί στην ελληνική έννομη τάξη με την κοινή Υπουργική Απόφαση ΔΥ7/οικ. 2480/19.8.1994 των Υπουργών

Εθνικής Οικονομίας, Υγείας, Πρόνοιας και Κοινωνικών Ασφαλίσεων και Βιομηχανίας Ενέργειας και Τεχνολογίας με τίτλο «Εναρμόνιση της Ελληνικής Νομοθεσίας προς την Οδηγία 93/42/ΕΟΚ/ 14.6.93 του Συμβουλίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης που αφορά στα Ιατροτεχνολογικά Προϊόντα» (Β΄ 679/13.9.1994 και διόρθωση σφαλμάτων Β΄ 755/7.10.1994 και Β΄ 757/10.10.1994)».

14. Επειδή στο σημ. 74 του Προοιμίου της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ 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....».

15. Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 18 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «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 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».

16. Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 53 του Ν.4412/2016: «Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών».

17. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 54 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «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. Τα χαρακτηριστικά αυτά μπορεί επίσης να αναφέρονται στη συγκεκριμένη διαδικασία ή μέθοδο παραγωγής ή παροχής των ζητούμενων έργων, αγαθών ή υπηρεσιών ή σε ειδική διαδικασία άλλου σταδίου του κύκλου ζωής τους, ακόμη και αν οι παράγοντες αυτοί δεν αποτελούν μέρος της υλικής τους υπόστασης, υπό την προϋπόθεση ότι συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης και είναι ανάλογα με την αξία και τους σκοπούς της [...]. 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, 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» [...] 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 [...].»

18. Επειδή, η ΔΥ7/οικ.2480/19.8.1994 κοινή απόφαση των Υπουργών Εθνικής Οικονομίας, Υγείας, Πρόνοιας και Κοινωνικών Ασφαλίσεων και Βιομηχανίας Ενέργειας και Τεχνολογίας με τίτλο «Εναρμόνιση της Ελληνικής Νομοθεσίας προς την Οδηγία 93/42/ΕΟΚ/14.6.93 του Συμβουλίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης που αφορά στα Ιατροτεχνολογικά Προϊόντα», (Β' 679/13.9.1994 και διόρθωση σφαλμάτων Β' 755/7.10.1994 και Β' 757/10.10.1994) ορίζει στην παρ. 1 του άρθρου 4 τα εξής: «1. Δεν εμποδίζεται η διάθεση στο εμπόριο και έναρξη χρήσεως των προϊόντων που φέρουν την σήμανση CE που προβλέπεται στο άρθρο 15 και η οποία δηλώνει ότι τα προϊόντα έχουν αποτελέσει αντικείμενο αξιολόγησης της πιστότητας σύμφωνα με το άρθρο 9.» [βλ. αντίστοιχες διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 4 της οδηγίας 93/42/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 14ης Ιουνίου 1993 περί των ιατροτεχνολογικών προϊόντων (ΕΕ L 169, σ. 1)]. Περαιτέρω, στο άρθρο 5 της πιο πάνω κοινής υπουργικής απόφασης ορίζονται τα εξής: «1. Τα προϊόντα που ανταποκρίνονται στα αντίστοιχα Ελληνικά εθνικά πρότυπα, που θεσπίζονται κατ' εφαρμογή των εναρμονισμένων προτύπων, των οποίων τα στοιχεία αναφοράς έχουν δημοσιευθεί στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, θεωρούνται ότι συμμορφούνται προς τις βασικές απαιτήσεις, που αναφέρονται

στο άρθρο 3. Οι αρμόδιες ελληνικές υπηρεσίες δημοσιεύουν τα στοιχεία αναφοράς των Ελληνικών Εθνικών προτύπων. 2. Για τους σκοπούς της παρούσας απόφασης η παραπομπή στα εναρμονισμένα πρότυπα περιλαμβάνει επίσης τις μονογραφίες της Ευρωπαϊκής Φαρμακοποιίας ιδίως τις σχετικές με τα χειρουργικά ράμματα καθώς και τα θέματα της αλληλεπίδρασης μεταξύ φαρμάκων και υλικών, που αποτελούν συστατικά των περιεκτών εντός των οποίων περιέχονται αυτά τα φάρμακα, και των οποίων μονογραφιών τα στοιχεία αναφοράς έχουν δημοσιευθεί στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης. 3. Σε περίπτωση, που από την αρμόδια Αρχή, ή από την Επιτροπή της Ευρωπαϊκής Ένωσης κριθεί ότι τα εναρμονισμένα πρότυπα δεν ανταποκρίνονται πλήρως προς τις βασικές απαιτήσεις, που αναφέρονται στο άρθρο 3, τα μέτρα που πρέπει να ληφθούν από την Αρμόδια Αρχή όσον αφορά στα πρότυπα αυτά, καθώς και η δημοσίευση που αναφέρεται στην παράγραφο 1, αποφασίζονται από την Επιτροπή της Ευρωπαϊκής Ένωσης σύμφωνα με τη διαδικασία του άρθρου 6 παράγραφος 2, της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ. 4. [...]» (βλ. αντίστοιχες διατάξεις του άρθρου 5 της πιο πάνω οδηγίας). Τέλος, στο άρθρο 6 στην παράγραφο 1 και 2 της ίδιας κοινής υπουργικής αποφάσεως ορίζονται τα εξής: «Άρθρο 6 1. Όταν η Αρμόδια Αρχή διαπιστώνει ότι προϊόντα που αναφέρονται στο άρθρο 4 παράγραφος 1 και παράγραφος 2 περίπτωση δεύτερη, ενώ είναι εγκατεστημένα και συντηρούνται ορθά και χρησιμοποιούνται σύμφωνα με τον προορισμό τους, είναι ενδεχόμενο να θέσουν σε κίνδυνο την υγεία ή/και την ασφάλεια των ασθενών, των χρηστών ή, κατά περίπτωση, άλλων προσώπων, λαμβάνει όλα τα αναγκαία προσωρινά μέτρα προκειμένου να αποσύρει τα εν λόγω προϊόντα από την αγορά, να απαγορεύσει ή να περιορίσει την διάθεσή τους στο εμπόριο ή την έναρξη της χρήσης τους. Η αρμόδια Αρχή κοινοποιεί αμέσως τα εν λόγω μέτρα στην Επιτροπή της Ευρωπαϊκής Ένωσης και αναφέρει τους λόγους που την οδήγησαν στη λήψη αυτής της απόφασης και, ειδικότερα, εάν η μη συμμόρφωση με την παρούσα οδηγία είναι αποτέλεσμα: α) της μη συμμόρφωσης προς τις βασικές απαιτήσεις που αναφέρονται στο άρθρο 3, β) της κακής εφαρμογής των προτύπων που αναφέρονται στο άρθρο 5, εφόσον προβάλλονται ισχυρισμοί περί εφαρμογής των εν λόγω προτύπων, γ)

της ύπαρξης κενού στα παραπάνω αναφερόμενα πρότυπα. 2. Με μέριμνα της Αρμόδιας Αρχής, σε συνέχεια των προσωρινών μέτρων της προηγούμενης παραγράφου, μετά τη γνωμοδότηση της Επιτροπής της Ευρωπαϊκής Ένωσης, η οποία επιλαμβάνεται σχετικώς με την διαδικασία που προβλέπεται στο άρθρο 8 της Οδηγίας 93/42 ΕΟΚ, λαμβάνονται τα οριστικά μέτρα, σύμφωνα με την παραπάνω γνωμοδότηση.»

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

20. Επειδή, όπως έχει κριθεί, από τις διατάξεις των άρθρων 1 ,2, 3, 4 παρ. 1, 5, 8,10, 11, 14, 17 και 18 της ΔΥ7/οικ.2480/19.8.1994 κοινής απόφασης των Υπουργών Εθνικής Οικονομίας, Υγείας, Πρόνοιας και Κοινωνικών Ασφαλίσεων και Βιομηχανίας Ενέργειας και Τεχνολογίας με τίτλο «Εναρμόνιση της Ελληνικής Νομοθεσίας προς την Οδηγία 93/42/ΕΟΚ/14.6.93 του Συμβουλίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης που αφορά στα Ιατροτεχνολογικά Προϊόντα» (Β' 679/13.9.1994 και διόρθωση σφαλμάτων Β' 755/7.10.1994 και Β' 757/10.10.1994) σε συνδυασμό με τις διατάξεις των άρθρων 54 και 55 του Ν. 4412/2016, ο οποίος ενσωμάτωσε στην εσωτερική έννομη τάξη την Οδηγία 2014/24/ΕΕ, προκύπτει ότι οι τεχνικές προδιαγραφές ιατροτεχνολογικών προϊόντων πρέπει να προσδιορίζουν με σαφήνεια το υπό προμήθεια προϊόν με παραπομπή σε εκ των προτέρων αναγνωρισμένα ευρωπαϊκά, ελληνικά ή άλλα πρότυπα και προδιαγραφές κατά τις ειδικότερες διακρίσεις των ανωτέρω διατάξεων. Ειδικότερα δε, όταν η Διοίκηση διενεργεί διαγωνισμούς προμήθειας

ιατροτεχνολογικών προϊόντων του άρθρου 2.2 της ΔΥ7/οικ.2480/19.8.1994 ΚΥΑ, κατά το σύστημα της χαμηλότερης προσφοράς, όπως στην υπό κρίση διακήρυξη, δεν δύναται να αξιώνει για τα προς προμήθεια είδη, πλην της σήμανσεως CE, μέσω της οποίας δηλώνεται ότι τα είδη αυτά ανταποκρίνονται στα εναρμονισμένα πρότυπα, την πλήρωση περαιτέρω προδιαγραφών. Και τούτο, διότι η Οδηγία 93/42/ΕΟΚ, που μεταφέρθηκε στην ελληνική έννομη τάξη με την ως άνω ΚΥΑ, έχει εκδοθεί βάσει του άρθρου 100Α της συνθήκης ΕΚ (πρώην 95 ΕΚ) και, ως εκ τούτου, για την επίτευξη του στόχου της διασφάλισης της ελεύθερης κυκλοφορίας των ιατροτεχνολογικών προϊόντων, η Οδηγία αυτή εμποδίζει τα κράτη-μέλη να απαγορεύουν, περιορίζουν ή παρακωλύουν τη διάθεση στην αγορά ιατροτεχνολογικών προϊόντων, τα οποία πληρούν τις απαιτήσεις αυτής και φέρουν την σήμανση CE. Συνεπώς, η πρόβλεψη επιπρόσθετων προδιαγραφών για τα προσφερόμενα ιατροτεχνολογικά προϊόντα κατά το στάδιο της διακήρυξης δεν είναι κατ' αρχήν συμβατή με τις προαναφερόμενες διατάξεις της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ, ειδικότερης κατά τούτο της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, γιατί ισοδυναμεί με παρεμβολή εμποδίων που μπορούν να φθάσουν μέχρι τον αποκλεισμό της διαθέσεως στο εμπόριο και της ενάρξεως χρήσεως προϊόντων που φέρουν τη σήμανση CE, αφού, στην περίπτωση αυτή, τα εν λόγω προϊόντα δεν θα πληρούν τους όρους της διακήρυξης και θα είναι, ως εκ τούτου εκ προοιμίου αδύνατη η επιλογή τους. Επομένως, και στην περίπτωση που το νοσηλευτικό ίδρυμα, προς αποφυγή κινδύνων ασφαλείας και υγείας, επιθυμεί να θέσει με τη διακήρυξη επιπρόσθετες τεχνικές προδιαγραφές, οφείλει να ενημερώσει σχετικώς τον αρμόδιο εθνικό οργανισμό (τον Ε.Ο.Φ. ως αρμόδια αρχή, σύμφωνα με το άρθρο 19 παρ. 3 του ν. 2889/2001 - Α' 37 - επί θεμάτων ιατροτεχνολογικών προϊόντων, κατά την έννοια των σχετικών οδηγιών της Ευρωπαϊκής Ένωσης), προκειμένου να κινηθεί η καθοριζόμενη από την Οδηγία 93/42/ΕΟΚ (άρθρο 8) τηρητέα από τα κράτη-μέλη διαδικασία διασφάλισης (ΣΤΕ 1863/14, 491/12, 1654/11, ΣΤΕ ΕΑ 144/08, ΔΕφΠειρ. Ασφ 5/2013). Αν δε η εφαρμογή της εν λόγω διαδικασίας διασφάλισης συνεπάγεται καθυστέρηση δυνάμενη να θίξει τη λειτουργία ενός δημόσιου νοσοκομείου και, ως εκ τούτου, τη δημόσια υγεία, η

αναθέτουσα αρχή νομιμοποιείται να λάβει όλα τα αναγκαία προσωρινά μέτρα, τηρουμένης της αρχής της αναλογικότητας, προκειμένου να μπορέσει το νοσοκομείο αυτό να προμηθευθεί τα αναγκαία για την άρτια λειτουργία του προϊόντα (ΣΤΕ 1654/2011 επτ., Ε.Α. 503/2010, 2183/2004 επτ. και ΔΕΚ απόφαση της 14.6.2007, Medicap-Καζαντζίδης ΑΕ κατά Βενιζέλειου-Πανάνειου, C-6/005).

21. Επειδή, κατά τα οριζόμενα στην προσβαλλόμενη Διακήρυξη, τα υπό προμήθεια προϊόντα 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, 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 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.

22. 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 και 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.).

23.Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ. ΔΕΕ απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, C-496/1999 CAS Succhi di Frutta SpA).

24. Επειδή, ως έχει παγίως κριθεί, προκειμένου να είναι ορισμένος ισχυρισμός περί φωτογραφικού όρου διακήρυξης, πρέπει να κατονομάζεται ο οικονομικός φορέας που είναι ο μόνος δυνάμενος να συμμετάσχει ως συνέπεια της εν θέματι προδιαγραφής (ΣΤΕ (Ασφ) 314/2013, ΕΑ ΣΤΕ 474, 829, 1354/2009).

25. Επειδή λόγοι με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό την 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).

26. Επειδή από τα εθνικά δικαστήρια έχει κριθεί ότι τα προσόντα που σχετίζονται με τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες πρέπει να είναι συναφή ποσοτικά και ποιοτικά με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και ανάλογα με το σκοπό της, αλλά και να είναι πρόσφορα να οδηγήσουν σε διακρίβωση της ικανότητας των υποψηφίων (βλ. ΣΤΕ ΕπΑν 660/2002, 528/2002, 990/2003). Η δε έλλειψη τεχνικής ή επαγγελματικής ικανότητας του συμμετέχοντος προς εκτέλεση της σύμβασης πρέπει να κρίνεται (κατά την εξέταση του φακέλου) με βάση τη συγκεκριμένη υπό ανάθεση σύμβαση και όχι αφηρημένα (Δημήτριος Γ. Ράικος, «Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων», σελ. 405).

27. Επειδή, η προσφεύγουσα επικαλείται ότι «Στην προκειμένη περίπτωση, όμως, η Αναθέτουσα Αρχή, στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι-Απαιτήσεις-Τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης και, ειδικότερα, στο Τμήμα 9- Τεχνικές Προδιαγραφές «Μηχανήματα Αιμοκάθαρσης» (Τεμάχια 5) (σελ. 44-45), ορίζει πως «5. α) ..., β) Το μηχάνημα Θα πρέπει να δέχεται αρτηριοφλεβικές γραμμές που δεν_καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής», καθώς και ότι θα πρέπει «22. α)..., β) Να δέχεται φύσιγγα σκόνης διττανθρακικών που δεν καλύπτεται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής» και, τέλος, ότι «23. ... Τα αναλώσιμα υλικό για τη διεξαγωγή των ως άνω μεθόδων δεν θα πρέπει να καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής». Κατ' αρχάς, οφείλει, προς διασαφήνιση των ορισμών, να επισημανθεί, ότι ο όρος «εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής», σημαίνει, ότι το εν λόγω αναλώσιμο, λόγω της καινοτόμας κατασκευής του, προστατεύεται, για ένα συγκεκριμένο χρονικό διάστημα, με απόρρητο κατασκευής . Πρόκειται, επομένως, περί ενός καθ' όλα νομικού και ουδόλως τεχνικού χαρακτηρισμού, που ουδεμία σχέση έχει με την

τεχνική απόδοση του εκάστοτε μηχανήματος, αλλά, αντιθέτως, προφανώς, πιστοποιεί την ποιότητα και την εξελιγμένη κατασκευή του μηχανήματος αυτού.

28. Επειδή συνεχίζοντας η Προσφεύγουσα προβάλλει ότι «Με την επιλογή, ωστόσο, στην προσβαλλόμενη Διακήρυξη, των νομικών αυτών χαρακτηρισμών, η Αναθέτουσα Αρχή, όλως παρανόμως, και κατά πλήρη παραβίαση των αρχών της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της ανάπτυξης υγιούς ανταγωνισμού, καθιστά, όχι απλώς ουσιωδώς δυσχερή, αλλά αδύνατη τη συμμετοχή της εταιρείας μας με αξιώσεις κατακύρωσης, αποκλείοντας, ουσιαστικά, εκ προοιμίου, από τον εν λόγω διαγωνισμό, τις εταιρείες που διαθέτουν μηχανήματα των οποίων τα αναλώσιμα προστατεύονται από το εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής. Η διαμόρφωση, συνεπώς, περιβάλλοντος πραγματικού ανταγωνισμού στο πλαίσιο του επίμαχου διαγωνισμού και η εξέταση μιας δυννητικής προσφοράς μας σε αυτό το πλαίσιο, καθίσταται αδύνατη εξαιτίας ενός νομικού περιορισμού που ουδεμία σχέση έχει με τη χρήση και την απόδοση των υπό προμήθεια μηχανημάτων, έτσι ώστε να αποκλείεται παρανόμως η προσφορά άλλων πλήρως συμμορφούμενων προς τις τεχνικές προδιαγραφές προϊόντων στο διαγωνισμό, όπως τα προσφερόμενα από την εταιρεία μας και εξ όσων γνωρίζουμε την εταιρεία (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 434, 472, 616/2012, 182/2011, 1023/2007)». Έτι δε πλέον οι άνω περιορισμοί οδηγούν, στην προκειμένη περίπτωση, σε παράνομη ολιγοπωλιακή προϊοντική κατάσταση αφού μόνο συγκεκριμένοι υποψήφιοι δύνανται να υποβάλλουν προσφορά που να πληροί τους νομικούς περιορισμούς που τίθενται εν προκειμένω για τα ζητούμενα μηχανήματα τεχνητού νεφρού. Λειτουργούν δε ως προφανή εμπόδια για την είσοδο των προϊόντων μας στην εν λόγω αγορά, χωρίς αυτό να υπαγορεύεται από κανένα λόγο δημοσίου συμφέροντος. Προϊόντα που, μάλιστα, κυκλοφορούν αδιατάρακτα εδώ και έξι έτη σε πληθώρα δημοσίων νοσοκομείων της χώρας. Ειδικότερα, δε, ο ως άνω προσδιορισμός της χρήσης αναλωσίμων που δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής, απεικονίζει απλώς και μόνον έναν τύπο μηχανημάτων, και δη αυτών που οι φύσιγγες σκόνης διττανθρακικών και τις αρτηριοφλεβικές γραμμές δεν φέρουν το ως άνω

εργοστασιακό απόρρητο, και τα οποία προσφέρονται από ελάχιστους προμηθευτές με αξιώσεις κατακύρωσης». Σε κάθε περίπτωση, οι τυχόν πρόσθετες προδιαγραφές δεν δύνανται να οδηγούν στην εκ προοιμίου απόρριψη των προϊόντων της εταιρείας μας. Ακόμη δε και εάν ήθελε υποτεθεί ότι το ζήτημα του κόστους των αναλωσίμων που φέρουν εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής ήταν το κρίσιμο για την εισαγωγή των επίμαχων περιορισμών (γεγονός που ήδη έχει αποδειχθεί κατά τα παραπάνω ως αβάσιμο), τότε η εκτίμηση αυτή του κόστους έπρεπε να λάβει χώρα σύμφωνα με τις πάγιες επιταγές της ευρωπαϊκής νομολογίας και του Ακυρωτικού μέσω διαγωνιστικής διαδικασίας με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής. Άλλωστε, σε κάθε περίπτωση η όποια τυχόν συζήτηση περί κόστους των αναλωσίμων και εντεύθεν της επιβολής των επίδικων περιορισμών προκύψει, θα τίθεται αλυσιτελώς και μη νομίμως, διότι εν προκειμένω η αντίδικος Αναθέτουσα Αρχή είναι αυτή που επέλεξε το κριτήριο της χαμηλότερης τιμής για την κατακύρωση της προμήθειας των ζητούμενων μηχανημάτων, καθιστώντας οποιαδήποτε συζήτηση περί κόστους των αναλωσίμων άνευ αντικειμένου. Εάν, πράγματι, ενδιαφερόταν για το κόστος των αναλωσίμων τότε όφειλε κατά τις σχετικές ενωσιακές επιταγές να επιλέξει ως κριτήριο κατακύρωσης αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής, όπως έχουν πράξει τα τελευταία πέντε έτη πλείστες όσες αναθέτουσες αρχές, κατά τα ήδη ανωτέρω εκτιθέμενα».

29. Επειδή στις απόψεις της προς την ΑΕΠΠ η αναθέτουσα αρχή επικαλείται ότι, «στα πλαίσια της διενέργειας του διαγωνισμού Προμήθεια Ιατροτεχνολογικού Εξοπλισμού, η χρηματοδότηση του οποίου έχει ενταχθεί στο Επιχειρησιακό Πρόγραμμα «.....», διενήργησε δημόσια διαβούλευση των τεχνικών προδιαγραφών των ζητούμενων ειδών (Μοναδικός Κωδικός:). Στην συνέχεια οι επιτροπές σύνταξης των τεχνικών προδιαγραφών αφού έλαβαν υπόψη τις παρατηρήσεις της διαβούλευσης προχώρησαν στην σύνταξη των τελικών τεχνικών προδιαγραφών. Συγκεκριμένα για το τμήμα με α/α 9 το οποίο αφορά στην προμήθεια 9 Μηχανημάτων Αιμοκάθαρσης οι

τεχνικές προδιαγραφές που χρησιμοποιήθηκαν είναι οι τεχνικές προδιαγραφές του Υπουργείου Υγείας (<http://www.moh.gov.gr/articles/epitroph-promhtheiwn-ygeias/enhmerwsh/1307-technikes-prodiagrafes>). Οι προδιαγραφές 5β, 22β, και 23, απαιτούν τα απαραίτητα αναλώσιμα υλικά για την λειτουργία των μηχανημάτων και την διεξαγωγή των μεθόδων Αιμοδιήθησης, Αιμοδιαδιήθησης να μην καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής. Οι συγκεκριμένες απαιτήσεις τέθηκαν με σκοπό την προμήθεια μηχανημάτων αιμοκάθαρσης τα οποία θα παρέχουν την δυνατότητα στο Νοσοκομείο να προμηθεύεται ελεύθερα τα απαιτούμενα αναλώσιμα από οποιονδήποτε κατασκευαστικό οίκο, διασφαλίζοντας την απρόσκοπτη λειτουργία των μηχανημάτων καθ' όλη την διάρκεια της ζωής τους, χωρίς τον κίνδυνο της μη διαθεσιμότητας αναλωσίμων ή υπερτιμολόγησης τους. Εξάλλου η προμήθεια των αναλωσίμων υλικών αιμοκάθαρσης γίνεται μέσω άλλης διαγωνιστικής διαδικασίας και αποτελούν μάλιστα υλικά για τα οποία γίνεται συνήθως η προσπάθεια διενέργειας ενιαίων διαγωνισμών από κεντρική αρχή προμηθειών. Πιθανόν η αφαίρεση των εν λόγω απαιτήσεων, να δίνει ένα πλεονέκτημα στους προσφέροντες μηχανήματα που καλύπτονται από το «εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής» ως προς τα αναλώσιμά τους, διότι στην περίπτωση που θα αναδειχθούν ανάδοχοι, το Νοσοκομείο θα υποχρεωθεί να προμηθεύεται τα αναλώσιμά τους σε τιμές που θα καθορίζουν αυτοί. Το γεγονός αυτό ίσως και κατ' επέκταση θα οδηγούσε και σε παρακώλυση του ανταγωνισμού σε σχέση με τα αναλώσιμα των μηχανημάτων. Σε κάθε περίπτωση το Νοσοκομείο δεν σχεδίασε τεχνικές προδιαγραφές με στόχο τον αποκλεισμό κανενός ενδιαφερομένου και από όσο είμαστε σε θέση να γνωρίζουμε η προσφεύγουσα εταιρεία είναι σε θέση να υποβάλει προσφορά για μηχανήματα τα αναλώσιμα των οποίων δεν καλύπτονται από το «εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής». Αναφορικά με το αίτημα της αναστολής του διαγωνισμού η θέση του Νοσοκομείου μας είναι αντίθετη διότι, αφενός το Νοσοκομείο χρησιμοποίησε τις επικαιροποιημένες προδιαγραφές του Υπουργείου με σκοπό την επίτευξη της ευρύτερης δυνατής συμμετοχής στον διαγωνισμό και την ανάπτυξη του μέγιστου δυνατού ανταγωνισμού. Αφετέρου η ανάγκη για την άμεση προμήθεια

των μηχανημάτων (την χρηματοδότηση των οποίων περίμενε ήδη για μεγάλο χρονικό διάστημα) είναι επιτακτική για την κάλυψη των αναγκών των αιμοκαθαιρόμενων ασθενών και την προάσπιση του αγαθού της δημόσιας υγείας».

30. Επειδή, με την Παρέμβαση της, η παρεμβαίνουσα εταιρεία «.....» επιδιώκει, «όπως απορριφθεί καθ' ολοκληρίαν η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή και διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης Διακήρυξης, καθόσον, όπως υποστηρίζει, οι επίμαχες τεχνικές προδιαγραφές, σκοπούν ευλόγως στην προμήθεια «ανοικτού τύπου μηχανημάτων αιμοκάθαρσης» και εντεύθεν στην πλήρη διασφάλιση της δυνατότητας του υπόψη Νοσοκομείου να προμηθεύεται ελεύθερα τα απαιτούμενα αναλώσιμα από οποιονδήποτε γνωστό κατασκευαστικό οίκο καθ' όλη τη διάρκεια ζωής των μηχανημάτων, έτσι ώστε η συνεχής και απρόσκοπτη λειτουργία τους να μην παρεμποδίζεται από το τυχόν υψηλό κόστος ή ακόμη και από την ύπαρξη (ή τη διαθεσιμότητα) αναλωσίμων συγκεκριμένου κατασκευαστή στο μέλλον. Μάλιστα, η παρεμβαίνουσα διευκρινίζει ότι η προμήθεια των αναλωσίμων καθ' όλη τη διάρκεια ζωής των μηχανημάτων (ιδιοκτησίας πλέον του Νοσοκομείου), θα έπρεπε στην περίπτωση της ακύρωσης των προσβαλλόμενων όρων, να πραγματοποιείται αναγκαστικώς από τον προμηθευτή του μηχανήματος. Κατά συνέπεια, διατυπώνει η παρεμβαίνουσα ότι τον τελευταίο λόγο στη διαμόρφωση των τιμών έχει ο Κατασκευαστής Οίκος, δεδομένου ότι διαθέτει το σχετικό μονοπώλιο (λόγω του εργοστασιακό απορρήτου) των φίλτρων, των αρτηριοφλεβικών γραμμών και των φυσίγγων, τα οποία οι τρίτες εταιρίες αναγκαστικώς θα πρέπει να προμηθεύονται από τον ίδιο. Κατά δεύτερον, η δυνατότητα ενδεχομένως προσφοράς, σε δεδομένη χρονική στιγμή, αναλωσίμων από τρίτες εταιρίες λόγω πραγματοποίησης παράλληλων εισαγωγών, ακόμη και όταν είναι σε τιμή ανταγωνιστική, δεν εξασφαλίζει επ' ουδενί τη διαθεσιμότητα των εν λόγω υλικών και, συνακόλουθα, τη συνεχή και ακώλυτη προμήθεια τους για την απρόσκοπτη λειτουργία των μηχανημάτων καθ' όλη τη διάρκεια της ζωής τους, διότι οι παράλληλες εισαγωγές έχουν

έκτακτο και αποσπασματικό χαρακτήρα. Η προμήθεια εντέλει, υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα στην υπό κρίση Παρέμβαση της, τόσο των φυσίγγων όσο και των αρτηριοφλεβικών γραμμών μπορεί να αποτελέσει αυτοτελές διαγωνιστικό αντικείμενο, ανεξάρτητο από την προμήθεια των φίλτρων, εντούτοις υπό τα ως άνω δεδομένα, ναι μεν η προμήθεια των αναλωσίμων δεν εντάσσεται στο αντικείμενο του ένδικου διαγωνισμού όπως η προσφεύγουσα προβάλλει, πλην όμως, αυτονοήτως, συνδέεται άρρηκτα με την κατά προορισμό χρήση και λειτουργία των υπό προμήθεια μηχανημάτων. Εν κατακλείδι, η παρεμβαίνουσα καταγγέλλει ότι για τον λόγο ακριβώς αυτό, οι προμηθευτές «κλειστού τύπου» μηχανημάτων συμβαίνει να προσφέρουν χαμηλή τιμή για το μηχάνημα, διότι, εάν αναδειχθούν προμηθευτές, γνωρίζοντας εκ των προτέρων και προσδοκώντας ότι η αναθέτουσα αρχή θα είναι πλέον αναγκασμένη να καταβάλλει το οποιοδήποτε κόστος για συγκεκριμένα-καλυπτόμενα από πατέντα-αναλώσιμα, καθώς δεν θα διαθέτει δυνατότητα επίτευξης ευνοϊκότερων γι' αυτήν προσφορών, με τελικό αποτέλεσμα να μπορούν να διαμορφώνουν τις τιμές τους σε τέτοιο ύψος που να καλύπτει και τη διαφορά επί της αξίας του Μηχανήματος αλλά και να τους εξασφαλίζει υψηλά κέρδη. Σε ό,τι αφορά το διαγωνιστικό σύστημα της «τιμής ανά εξέταση ή θεραπευτική πράξη» (άρθρο 7 παρ. 1 του ν. 2955/2001) θεσμοθετήθηκε όχι για να αποτελέσει διαδικασία προμήθειας αποκλειστικά για μηχανήματα «κλειστού τύπου», διάφορη από τις διαγωνιστικές διαδικασίες για τα «ανοικτού τύπου» μηχανήματα, αλλά διαδικασία με την οποία, λόγω ακριβώς της επελευθέρωσης μέχρι τη δημοσίευση του νόμου κατασπατάλησης του δημοσίου χρήματος από την προμήθεια «κλειστού τύπου» μηχανημάτων, ελήφθη (νομοθετική πλέον) μέριμνα ώστε στην προσφερόμενη τιμή της οικονομικής προσφοράς του υποψηφίου να συμπεριλαμβάνονται τα πάντα: αναλώσιμα+συνοδός εξοπλισμός (είτε «ανοικτού», είτε «κλειστού» τύπου) + συντήρηση κ.λπ. Διότι, περαιτέρω, ισότιμη και αντικειμενική αντιμετώπιση μεταξύ υποψηφίων που προσφέρουν αφ' ενός «ανοικτού τύπου» και αφ' ετέρου «κλειστού τύπου» μηχανήματα δύναται να υπάρξει μόνο στην περίπτωση που τα εν λόγω μηχανήματα παραχωρούνται για τη χρονική διάρκεια ισχύος της σύμβασης ως συνοδός εξοπλισμός και, εν

συνεχεία, επιστρέφονται στον προμηθευτή μετά τη λήξη της (υπό το σύστημα της «τιμής ανά εξέταση») και όχι, βεβαίως, όταν το αντικείμενο της διαγωνιστικής διαδικασίας είναι η απόκτηση της κυριότητας των μηχανημάτων από το Νοσοκομείο [επιχείρημα από την Ε.Α.ΣτΕ 618/2003, σκέψη 6], όπως συμβαίνει εν προκειμένω».

31. Επειδή, έτι περαιτέρω, με την απόφαση του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων της 14ης Ιουνίου 2007 [C-6/2005, Medipac Καζαντζίδης ΑΕ κατά Βενιζελείου-Παναγιώτου (ΠΕ.Σ.Υ.Κρήτης)] κρίθηκε, καθ' ερμηνεία των άρθρων 1, 2, 4, 5 παρ.1-3, 8, 10, 14β, 17 παρ.1 και 18 της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 14ης Ιουνίου 1993 (ί.169), όπως τροποποιήθηκε με τον Κανονισμό (ΕΚ) 1882/2003 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 29ης Σεπτεμβρίου 2003 και η οποία μεταφέρθηκε στην ελληνική έννομη τάξη με την ως άνω αναφερόμενη ΔΥ7/οικ.2480/19-8-1994 Κοινή Απόφαση των Υπουργών Εθνικής Οικονομίας, Υγείας, Πρόνοιας και Κοινωνικών Ασφαλίσεων και Βιομηχανίας, Ενέργειας και Τεχνολογίας (Β' 679), ότι *«η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή, η οποία κίνησε διαδικασία διαγωνισμού για την προμήθεια ιατροτεχνολογικών προϊόντων και διευκρίνισε ότι τα προϊόντα αυτά πρέπει να είναι σύμφωνα προς την ευρωπαϊκή φαρμακοποιία και να φέρουν την σήμανση CE, να απορρίψει, για λόγους προστασίας της δημόσιας υγείας, άνευ ετέρου και εκτός του πλαισίου της διαδικασίας διασφάλισης που προβλέπουν τα άρθρα 8 και 18 της ως άνω Οδηγίας, τα προτεινόμενα... [ιατροτεχνολογικά προϊόντα], εφ' όσον πληρούν τον εν λόγω απαιτούμενο τεχνικό όρο»* και ότι *«αν η αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι τα... [προϊόντα] αυτά ενέχουν κινδύνους για τη δημόσια υγεία, οφείλει να ενημερώσει σχετικώς τον αρμόδιο εθνικό οργανισμό, προκειμένου να κινηθεί η εν λόγω διαδικασία διασφάλισης»* (βλ. και ΣτΕ 3207, 2630, 2622, 839/2008, 2438/2007, ΕΑ ΣτΕ 766/2010, 70/2009, 978, 631/2008, 1320/2007). [500/2014 ΔΕΦΑΘ Σκέψη 5].

32. Επειδή, στην υπ' αριθμ. 5.β) Τεχνική Προδιαγραφή συστημάτων τεχνητού νεφρού αιμοδιήθησης και αιμοδιαδιήθησης και on-line μεθόδων του

Εθνικού Κέντρου Αξιολόγησης της Ποιότητας & Τεχνολογίας στην Υγεία (Ε.Κ.Α.Π.Τ.Υ), ορίζεται ότι: «α) Να χρησιμοποιεί φίλτρα αιμοκάθαρσης όλων των εργοστασίων, β) Το μηχάνημα θα πρέπει να δέχεται αρτηριοφλεβικές γραμμές που δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής». Επειδή περαιτέρω, στην υπ' αριθμ. 22.β) Τεχνική Προδιαγραφή συστημάτων τεχνητού νεφρού αιμοδιήθησης και αιμοδιαδιήθησης και on line μεθόδων του Ε.Κ.Α.Π.Τ.Υ, ορίζεται ότι: «α) Να παρασκευάζει διαλύματα διττανθρακικών και από πυκνό διάλυμα και από άνυδρο διττανθρακικό νάτριο [...]. β) Να δέχεται φύσιγγα σκόνης διττανθρακικών που δεν καλύπτεται από το εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής». Έτι περαιτέρω, οι τεχνικές προδιαγραφές του ΕΚΑΠΤΥ αφορούν το έτος 2012, χωρίς έκτοτε ο συγκεκριμένος φορέας να τις έχει αναθεωρήσει. Επιπλέον, οι συγκεκριμένες τεχνικές προδιαγραφές του ΕΚΑΠΤΥ, αφενός ορίζουν τις κατ' ελάχιστον ποιοτικές προδιαγραφές των σχετικών μηχανημάτων, χωρίς ουδόλως να περιορίζουν τις αναθέτουσες αρχές να απαιτούν αυστηρότερα και βελτιωμένα ποιοτικά χαρακτηριστικά, αφετέρου, ακόμα και υπό αυτόν τον χαρακτήρα τους, και πάλι δεν φέρουν υποχρεωτική ισχύ για τις αναθέτουσες αρχές, αφού δεν αποτελούν εθνικά πρότυπα ούτε αποτελούν προϊόν παραπομπής σε διεθνή πρότυπα, ούτε έχουν συνταχθεί κατά τους όρους της παρ. 9 του άρθρου 54 του ν,4412/2016. Προς τούτο το ΕΚΑΠΤΥ με το υπ' αρ. πρωτ. 54468/7-9-2017 έγγραφο του και κατόπιν εγγραφου ερωτήματος της Α.Ε.Π..Π, εάν υπάρχουν σήμερα εν ισχύι ενιαίες τεχνικές προδιαγραφές ιατροτεχνολογικών προϊόντων που έχει εκπονήσει ή εγκρίνει, απάντησε ότι δεν γνωρίζει (βλ. μεταξύ άλλων, σχετικά απόφαση Α.Ε.Π.Π. 34/2017).

33. Επειδή, κατά πάγια νομολογία γίνεται δεκτό ότι, ακόμα κι αν η αναθέτουσα αρχή είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση της σύμβασης, καθορίζοντας τους όρους, τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, με αποτέλεσμα η θέσπιση με την διακήρυξη των όρων και προδιαγραφών που η αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της να μη συνιστά παράβαση των κανόνων

ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν των διαγωνιζομένων, των οποίων η προσφορά δεν πληροί τις προδιαγραφές αυτές, (ΣτΕ Ε.Α. 9/2015, 354/2014, 1140/2010 κ.ά.), οι επίμαχες προδιαγραφές και οι όροι της διακήρυξης πρέπει να ελέγχονται από απόψεως τηρήσεως της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (ΣτΕ Ε.Α. 9/2015, 354/2014, 415/14, 257/2010 κ.ά.).

34. Επειδή, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 54 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, που ενσωμάτωσε στην εθνική έννομη τάξη την αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, οι τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης θα πρέπει να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και επιπλέον να μην θέτουν αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, υπό την έννοια ότι οφείλουν να αποφεύγουν όρους που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα και της ενσωμάτωσης σε αυτές, χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου. Εξάλλου, είναι αδικαιολόγητος ο περιορισμός του ανταγωνισμού μέσω τεχνικής προδιαγραφής που λειτουργεί ως κριτήριο αποκλεισμού από την ανάθεση, όταν, μεταξύ άλλων, δε συνδέεται με το αντικείμενο της σύμβασης (Αιτιολογική σκέψη 46 Προοιμίου Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ΔΕΕ, Απόφαση της 17.11.2002, Υπόθεση C-513/99, σκέψεις 59 και 65" ΔΕΕ, Απόφαση της 4.12.2003, Υπόθεση C-448/01, σκέψη 34 κλπ) ή παραβιάζει αρχές του ενωσιακού δικαίου, όπως της ίσης μεταχείρισης (ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54" ΔΕΕ, Αποφάσεις της 27.11.2001, Υποθέσεις 0-285/99 και Ο-. 286/99, σκέψη 37" ΔΕΕ, Απόφαση της 19.06.2003,- Υπόθεση C-315/01, σκέψη 73 ΔΕΕ Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική, σκέψη 45- ΔΕΕ, Απόφαση της 12.03.2015, 0-538/13, σκέψη 33- ΔΕΕ, Απόφαση της 06.11.2014, Υπόθεση C-42/13, σκέψη 44C ΔΕΕ Απόφαση της 24.05.2016, Υπόθεση C-396/14, σκέψη 37 κλπ).

35. Επειδή, όπως συνάγεται από τα ανωτέρω, οι τιθέμενες δια της Διακήρυξης τεχνικές προδιαγραφές, αποτελούν τεχνικές προδιαγραφές τις οποίες ο διαγωνιζόμενος πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να διαθέτει και δεν είναι ασύνδετες ή δυσανάλογες με το αντικείμενο του διαγωνισμού (ΔΕΕ, Απόφαση της 10.05.2012, Υπόθεση, 0-368/10 Επιτροπή κατά Βασιλείου Κάτω Χωρών, σκέψη 74). Η δε εφαρμογή των τεχνικών προδιαγραφών, που θα πρέπει και να έχουν γίνει εκ των προτέρων και έγκαιρα γνωστές σε ευρύ κύκλο προσώπων και να μην πριμοδοτούν αθέμιτα ορισμένα προϊόντα έναντι άλλων, δέον να είναι οριζόντια, υπό την έννοια ότι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, οι υποψήφιοι θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας (Απόφαση ΑΕΠΠ 93/2017, Απόφαση ΑΕΠΠ 128/2017, Απόφαση ΑΕΠΠ 169/2017 κλπ).

36. Επειδή κριτήριο ανάθεσης της επίμαχης σύμβασης συνιστά η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, δεν δύναται να αξιώνει για τα προς προμήθεια είδη, πλην της σημάνσεως CE, μέσω της οποίας δηλώνεται ότι τα είδη αυτά ανταποκρίνονται στα εναρμονισμένα πρότυπα, την πλήρωση περαιτέρω προδιαγραφών (ΣτΕ 491/2012).

37. Επειδή, όπως επιτάσσει η διάταξη του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016 σε συνδυασμό με πάγια νομολογία, οι τεχνικές προδιαγραφές δέον σε κάθε περίπτωση να ελέγχονται από της απόψεως της τήρησης του εγχώριου και ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (ΣτΕ 9/2015 (ΑΣΦ), Ε.Α. 415/2014, 354/2014, 257/2010).

38. Επειδή, σχετικά θα πρέπει να σημειωθεί ότι στη διάταξη του άρθρου 6 με τίτλο Απαγόρευση δωρεών του Ν. 2955/2001 με τίτλο Προμήθειες Νοσοκομείων και λοιπών μονάδων υγείας των Πε.Σ.Υ. και άλλες διατάξεις (ΦΕΚ 256/τ.Α'), όπως τροποποιήθηκε και ισχύει, ορίζεται ότι: «7α Πε.Σ.Υ. και οι αποκεντρωμένες μονάδες τους, καθώς και τα Νοσοκομεία της παρ. 10 του άρθρου 13 του Ν. 2889/2001, απαγορεύεται να αποδέχονται δωρεές με αντικείμενο την παραχώρηση της κυριότητας ή της χρήσης ιατροτεχνολογικών μηχανημάτων, που

επιδέχονται αντιδραστήρια και αναλώσιμα υλικά συγκεκριμένης μόνο εταιρίας ή συνδεδεμένων με αυτή εταιριών. Εξάιρεση συγχωρείται μόνο όταν η δωρεά περιλαμβάνει και τα αναλώσιμα υλικά και αντιδραστήρια, καθώς και το κόστος συντήρησης, για όλο το χρονικό διάστημα που πρόκειται να χρησιμοποιηθεί το μηχάνημα». Περαιτέρω, στο άρθρο 7 με τίτλο Διαγωνισμός με προσφορά τιμής ανά εξέταση ή πράξη, παρ. 1 του ίδιου Νόμου, ορίζεται ότι: «Οι ανάγκες των Πε.Σ.Υ. και των αποκεντρωμένων μονάδων τους, καθώς και οι ανάγκες των διασυνδεδεμένων με τα Πε.Σ.Υ. Νοσοκομείων, μπορεί να καλύπτονται με τη διενέργεια διαγωνισμών για την αγορά ή τη μίσθωση ιατροτεχνολογικών μηχανημάτων και αναλωσίμων, με τη μέθοδο της προσφοράς από τους προμηθευτές τιμής ανά εργαστηριακή εξέταση ή διαγνωστική ή θεραπευτική πράξη ή καθορισμένα σύνολα εργαστηριακών εξετάσεων ή διαγνωστικών ή θεραπευτικών πράξεων. Η προσφερόμενη τιμή περιλαμβάνει την παραχώρηση των μηχανημάτων, των αντιδραστηρίων, του αναλώσιμου υλικού και της συντήρησης για όλο το χρονικό διάστημα της σύμβασης».

39. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, προκύπτει ότι η απαγόρευση ή περιορισμός διάθεσης στο Δημόσιο «κλειστού τύπου» μηχανημάτων, αποτέλεσε αντικείμενο ειδικής νομοθετικής μέριμνας, τούτο δε διασφαλίσθηκε, κατά τους σαφείς σκοπούς του Έλληνα νομοθέτη, αφ' ενός, με την απαγόρευση δωρεάς τέτοιων μηχανημάτων (άρθρο 6 του Ν. 2955/2001) και αφ' ετέρου, με τον περιορισμό των περιπτώσεων προμήθειάς τους από το Δημόσιο, μόνο στην εξαιρετική περίπτωση του διαγωνιστικού συστήματος της «τιμής ανά εργαστηριακή εξέταση ή θεραπευτική πράξη» (άρθρο 7 παρ. 1 του Ν. 2955/2001), όπου στην οικονομική προσφορά του υποψηφίου περιλαμβάνονται και τα αναλώσιμα και ο συνοδός εξοπλισμός.

40. Επειδή, τυχόν απαλοιφή ή τροποποίηση των επίμαχων όρων της οικείας Διακήρυξης - οι οποίοι, κατά τα αναφερόμενα στην ως άνω σχετική σκέψη, αποτελούν ελάχιστες τεχνικές προδιαγραφές κατά το Ε.Κ.Α.Π.Τ.Υ. για τα συγκεκριμένα αναλώσιμα - όπως αιτείται η προσφεύγουσα, θα μπορούσε, υπό το φως του Ευρωπαϊκού Δικαίου του Ανταγωνισμού, να έχει ως αποτέλεσμα τη δημιουργία δεσπόζουσας θέσης για τους οικονομικούς φορείς που προσφέρουν

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

41. Επειδή, όπως συνάγεται από τα ανωτέρω, οι τιθέμενες δια της διακήρυξης επίμαχες τεχνικές προδιαγραφές, αποτελούν χαρακτηριστικά τεχνικές προδιαγραφές (ΔΕΕ, C-368/10 Επιτροπή κατά Βασιλείου Κάτω Χωρών, σκ. 74 και βλ. σκ. 20 της παρούσας), 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 μέσω της διαβούλευσης, όπου και δεν κατατέθηκαν σχετικές παρατηρήσεις σύμφωνα με το υπ' αριθμ. 9074/08.06.2018 απαντητικό διευκρινιστικό έγγραφο της αναθέτουσας αρχής στη προσφεύγουσα και δεν κρίνεται ότι πριμοδοτούν αθέμιτα, ορισμένα προϊόντα υποψήφιων προμηθευτών, έναντι άλλων.

42. Επειδή, η προμήθεια αναλωσίμων συνδέεται άρρηκτα με την κατά προορισμό τεχνική χρήση και λειτουργία των υπό προμήθεια μηχανημάτων

τεχνητού νεφρού αιμοδιήθησης και αιμοδιαδιήθησης και on-line μεθόδων. Επειδή περαιτέρω, η προμήθεια μηχανημάτων που καλύπτονται από το «εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής» ως προς τα αναλώσιμα τους, θα οδηγούσε σε υπερβολική τιμολόγηση και κατ' επέκταση σε σημαντική παρακώλυση του ανταγωνισμού, σε σχέση με τα αναλώσιμα των αντίστοιχων μηχανημάτων και έτσι, σε ζημία της δημόσιας υγείας (άρθρο 21 παρ.3 Σ).

43. Επειδή, η προσφεύγουσα προβάλλει απαραδέκτως προς υποστήριξη των ισχυρισμών της το σκεπτικό έτερης απόφασης της Α.Ε.Π.Π., η οποία έχει ληφθεί υπό διαφορετικά πραγματικά περιστατικά. Και τούτο διότι, ανεξαρτήτως της γενικής αρχής του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων περί της αυτοτέλειας εκάστης διαγωνιστικής διαδικασίας, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας που αφορούν στην 93/2017 απόφαση της Α.Ε.Π.Π. προς επίρρωση των δικών της λόγων προσφυγής είναι αβάσιμοι, διότι αφενός η εν λόγω απόφαση έκρινε επί λόγου προσφυγής κατά διακήρυξης που ερείδετο επί της αιτίας ότι δεν υιοθετήθηκαν από τη διακήρυξη προδιαγραφές του ΕΚΑΠΤΥ, ήτοι μη δεσμευτικά πρότυπα, αφετέρου δε, και σε κάθε περίπτωση, επί της ουσίας του ζητήματος διέλαβε στο σώμα της το εξής σκεπτικό «Η αδυναμία των προϊόντων της προσφεύγουσας να ανταποκριθούν στις απαιτήσεις τις διακήρυξης, έτσι όπως αυτή είναι διατυπωμένη και η απαίτηση φυσίγγων που καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο, τις οποίες η προσφεύγουσα δεν διαθέτει, δίνει τη δυνατότητα σε ανταγωνίστριες αυτής εταιρείες, πράγματι να προσφέρουν αισθητά χαμηλότερη τιμή για το τμήμα του διαγωνισμού που αφορά την προμήθεια του μηχανήματος τεχνητού νεφρού αιμοδιήθησης-αιμοδιαδιήθησης και on-line μεθόδων και να επιτύχουν υψηλότερες τιμές στα αναλώσιμα του μηχανήματος φύσιγγα».

44. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε τη με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 204/28.02.2018 Προδικαστική Προσφυγή κατά όρων της υπ' αριθ. διακήρυξης του Γενικού Νοσοκομείου «.....», η οποία απερρίφθη με την υπ' αριθ. 292/2018 Α.Ε.Π.Π. (4° Κλιμάκιο) και η οποία έκρινε επί του ίδιου νομικού και πραγματικού ζητήματος που τίθεται με την παρούσα Προσφυγή.

45. Επειδή, επέκεινα η προσφεύγουσα άσκησε την από 24.04.2018 Αίτηση Αναστολής (AN98/26.04.2018) κατά της ανωτέρω απόφασης, υπ' αριθ. 292/2018 Α.Ε.Π.Π. (4° Κλιμάκιο) και της υπό κρίση διακήρυξης, υπ' αριθ. 5/2018, ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Πειραιά, η οποία απερρίφθη με την υπ' αριθ. Ν. 120/2018 απόφαση του ανωτέρω Δικαστηρίου (Τμήμα Α1' Ακυρωτικός Σχηματισμός).

46. Επειδή, με τις αποφάσεις υπ' αριθ. 292/2018 Α.Ε.Π.Π. (4° Κλιμάκιο) και Ν.120/2018 Διοικητικού Εφετείου Πειραιά (Τμήμα Α1' Ακυρωτικός Σχηματισμός) κρίθηκε επί του παρόντος η νομιμότητα όρων, όμοιων με αυτών που προσβάλλονται με την παρούσα Προσφυγή. Το αυτό νομικό πόρισμα διατυπώθηκε και με την απόφαση υπ' αριθμ. Ν126/2018 του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης, με την οποία απορρίφθηκε αίτησης αναστολής κατά της υπ' αριθμ. 583/2018 απορριπτικής απόφασης της ΑΕΠΠ επί προδικαστικής προσφυγής της προσφεύγουσας κατά σχετικής με την εξεταζόμενη δια της παρούσας, διακήρυξης.

47. Επειδή οι ακριβώς ανωτέρω αποφάσεις εξακολουθούν να ισχύουν.

48. Επειδή, κατά τα ως άνω δεδομένα, η υπό εξέταση Προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί, καθώς οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας κατά των επίμαχων όρων της υπόψη διακήρυξης κρίνονται ως αβάσιμοι, γενομένης δεκτής ταυτοχρόνως της Παρέμβασης.

49. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα, θα πρέπει να καταπέσει, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Αριθμός Απόφασης: 838/2018

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 10 Οκτωβρίου 2018 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
Άννα Χριστοδουλάκου

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
Ειρήνη Τσιμπούκη