

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 3^η Ιανουαρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Ευαγγελία Μιχολίτση Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου-Εισηγητής, Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 26/11/2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ΑΕΠΠ 1452/27.11.2019, της προσφεύγουσας με την επωνυμία «...» και με διακριτικό τίτλο «...» που εδρεύει στο ..., ..., νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του ..., (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί ή άλλως τροποποιηθεί η διακήρυξη ... του ...: α) ως προς τον καθορισθέντα Προϋπολογισμό για τα είδη Α2.(4),7 και Β.2.(4).7, να τεθούν οι τιμές που προβλέπονται στην υπ αριθμ. 1191/25.2.2016 Απόφαση του Υπουργού Υγείας β) ως προς τον όρο 2.4.4 του οποίου αιτείται την απάλειψη και γ) ως προς κάθε συναφή προγενέστερη και μεταγενέστερη πράξη ή παράλειψη της Αναθέτουσας Αρχής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017 ε-παράβολο, ύψους ευρώ 600,00 (βλ. Ηλεκτρονικό Παράβολο με αριθμό ...), β) Αποδεικτικό καταβολής με ημερομηνία 26/11/2019 από την τράπεζα Πειραιώς προς εξόφληση του ανωτέρω παραβόλου, γ) εκτύπωση από την ιστοσελίδα του ΓΓΠΣ όπου το παράβολο φέρεται ως «δεσμευμένο»). Τούτο, διότι η συνολική προϋπολογισθείσα αξία (χωρίς ΦΠΑ), βάσει

Αριθμός απόφασης: 84/2020

διακήρυξης των τμημάτων της σύμβασης σχετικά με τα οποία ασκείται η παρούσα προδικαστική προσφυγή, ήτοι των αιτούμενων ειδών για το Γενικό Νοσοκομείο Πρέβεζας κατηγορίας Α.2.(4)7 και Β.2(4).7 ανέρχεται συνολικά σε ευρώ (800,00 + 19.500,00= 20.300,00€), κατά συνέπεια το τέλος παραβόλου 0,5% είναι μικρότερο του κατωτέρου ορίου των 600 ευρώ.

2. Επειδή, με την με αριθμό ... Διακήρυξη για την προμήθεια Διατάξεων Νεφρικής Υποστήριξης με CPV... προκηρύχθηκε ανοιχτή διαγωνιστική διαδικασία, με εκτιμώμενη αξία 132.300,88 χωρίς ΦΠΑ για τις ανάγκες της αναθέτουσας αρχής του ... με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφοράς την 28.11.2019 και ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης την 4.12.2019. Η διακήρυξη έφερε ΑΔΑΜ ... και δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 13/11/2019 και φέρει Α/Α ΕΣΗΔΗΣ ...

3. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή με κατάθεση στις 26/11/2019 στον διαδικτυακό τόπο διαγωνισμού, ήτοι εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α) του ν. 4412/2016, δοθέντος ότι η οικεία διάταξη του άρθρου 4 παρ. γ του π.δ. 39/2017 προβλέπει ότι «(Σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής), η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερομένου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δέκα πέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ ν. [4412/2016](#))», ενώ από τα στοιχεία του φακέλου δεν προκύπτει πλήρης γνώσης της προσβαλλόμενης από την προσφεύγουσα σε προγενέστερο χρονικό σημείο από το ως άνω τεκμαιρόμενο χρονικό σημείο. Περαιτέρω, η προσφυγή είναι νομίμως υπογεγραμμένη, έχοντας κάνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

Αριθμός απόφασης: 84/2020

Επισημαίνεται ότι η προσφεύγουσα κοινοποίησε η ίδια η προσφεύγουσα στην ΑΕΠΠ αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας δαπάνης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 9 του π.δ 39/2017 κοινοποίησε μέσω της εφαρμογής «επικοινωνία», στις 28/11/2019 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή προς όλους τους ενδιαφερόμενους, οι οποίοι θίγονται από την αποδοχή της προσφυγής, προκειμένου να λάβουν γνώση. Πλην όμως ουδεμία παρέμβαση κατετέθη. Παράλληλα ανέστειλε οίκοθεν με την αριθμ. πρωτ ... την διαγωνιστική διαδικασία η οποία αναρτήθηκε αυθημερόν στο «portal» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα απαραδέκτως αιτείται την τροποποίηση της προσβαλλόμενης, καθώς δυνάμει του άρθρο 367 Ν 4412/2016 προβλέπεται η ακύρωση πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, ωστόσο εκφεύγει της αρμοδιότητας της ΑΕΠΠ η καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής έκδοση οιασδήποτε τροποποιητικής πράξης (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 54/2018). Αντιθέτως μετ' εννόμου συμφέροντος ασκεί την υπό εξέταση προσφυγή καθώς δραστηριοποιούμενη στο χώρο, επικαλείται δε ότι δεν μπορεί να συμμετάσχει στον επίδικο διαγωνισμό για τα ανωτέρω είδη, καθώς η τεθείσα ως αρχική τιμή προϋπολογισμού είναι εξαιρετικά χαμηλή με αποτέλεσμα να καθίστα απολύτως ασύμφορη ήτοι ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή της με υποβολή προσφοράς εντός του προϋπολογισμού ανεξαρτήτως του γεγονότος, ότι δεν είναι αντικειμενικά δυνατό να διαπιστωθεί από το Κλιμάκιο η ύπαρξη ή μη επιφύλαξης στην ήδη από 28/11/2019 κατατεθειμένη προσφορά της προσφεύγουσας. Η προσφεύγουσα επικαλείται δε στην προσφυγή της ότι *«Σε περίπτωση δε που υποβάλλει προσφορά, (όπως εν τέλει έπραξε) βάσει των υψηλότερων, με την υπουργική απόφαση καθορισθέντων, τιμών αυτή θα είναι εκτός προϋπολογισμού και ως εκ τούτου κινδυνεύει να απορριφθεί ως απαράδεκτη βάσει του όρου 2.4.4 (σελίδα 21) της Διακήρυξης»*.

7. Επειδή, κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 346 (παρ. 1 και 2), 360 (παρ. 1) και 372 (παρ. 1) του ν. 4412/2016, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της σχετικής διακήρυξης, πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από όρο της διακήρυξης ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον 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. Εξ' άλλου, η βλάβη αυτή δεν ταυτίζεται με το έννομο συμφέρον για την άσκηση αιτήσεως ακυρώσεως αλλά, στο πλαίσιο εξετάσεως αιτήσεως προσωρινής δικαστικής προστασίας, πρέπει να ανάγεται σε μία νομική και πραγματική κατάσταση, η οποία να είναι προσωρινά προστατευτέα και να δικαιολογεί την χορήγηση προσωρινού μέτρου. Ως βλάβη, συνεπώς, στην περίπτωση αυτή, νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο επίκληση παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά τα πραγματικά εκείνα περιστατικά, συγκεκριμένα και αρκούντως εξειδικευμένα, αφορώντα την νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου συμμετέχοντος, τα οποία είτε αποκλείουν είτε καθιστούν υπερβολικά δυσχερή την συμμετοχή του στον διαγωνισμό είτε προδιαγράφουν άμεσα ή έμμεσα το αποτέλεσμα του λόγω αδυναμίας του προσφεύγοντος να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις. Η κατά τα ανωτέρω επίκληση βλάβης προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος προς άσκηση αιτήσεως αναστολής εκτελέσεως κατά της διακήρυξης απαιτείται τόσο κατά την προβολή λόγων που στρέφονται κατά συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης όσο και κατά την προβολή λόγων που πλήττουν την εν γένει νομιμότητά της (ΣτΕ Ε.Α. 242/2019, 12/2018 Ολομ., 353/2018). Οι λόγοι δε, με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό τη μορφή της αμφισβήτησης της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης, να προδιαγράψει αυτός, κατά τις επαγγελματικές του ανάγκες και δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (ΣτΕ ΕΑ 1317/07, 474/09, 834 1024/10).

Αριθμός απόφασης: 84/2020

8. Επειδή, η προσφεύγουσα αναφέρει στην προσφυγή της αυτολεξεί τα εξής « Η εταιρεία μας δραστηριοποιείται στο χώρο της υγείας από το 1973, είναι μια από τις μεγαλύτερες ελληνικές εταιρείες φαρμάκου με κύριους άξονες την ανάπτυξη και έγκριση φαρμακευτικών και παραφαρμακευτικών προϊόντων, παραγωγή ενέσιμων προϊόντων όλων των μορφών αλλά και την αντιπροσώπευση οίκων εξωτερικού στην Ελλάδα και σε άλλες χώρες. Στα πλαίσια των δραστηριοτήτων μας αντιπροσωπεύουμε στην Ελλάδα την ιαπωνική εταιρεία ... η οποία μεταξύ άλλων κατασκευάζει τα φίλτρα αιμοκάθαρσης ..., στον επίδικο δε διαγωνισμό επιθυμούσαμε να λάβουμε μέρος για τα κάτωθι ήδη όπως αυτά ειδικότερα περιγράφονται στο Παράρτημα Α «Αναλυτική περιγραφή του φυσικού και Οικονομικού αντικειμένου της προμήθειας...» σελ 36 και 38 της Διακήρυξης:

Κατηγορία A2 (High Flux) ΕΙΔΟΣ	ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ	ΠΟΣΟΤΗΤΑ	ΠΡΟΥ/ΣΜΟΣ
		ΣΕ	ΠΡΟ ΦΠΑ
		ΦΙΛΤΡΑ	
7	A2.4 (High Flux) 50 Είδος Μεμβράνης Φίλτρου- πολυαιθερικής σουλφόνης (τύπου Polynefron) με Επιφάνεια Μεμβράνης Φίλτρου 1,7 m2. KUF/ m2 <ή> των 20ml/hmmHg = (>20). Με Καθάρσεις ουσιών(>.....) σε ml/min με		800,00

Αριθμός απόφασης: 84/2020

ob300ml/min
Qd500 ml/min
(Ουρία=285,
Κρεατινίνη=268,
Φωσφορικά=254,
Βιτ. B12=190,
Ινσουλίνης=121).
ΚοΑ >.....
ΟΥΡΙΑΣ=1614
.Συντελεστής
Διαβατότητας B2-
M=0,803. Είδος
Αποστείρωσης=γ
ακτινοβολία και
δωρεάν Συνοδές
γραμμές για
μηχάνημα TN
Αποστειρωμένες με
β ή γ ακτινοβολία ή
ατμό ΓΡΑΜΜΕΣ
Gambro AK-200 Η
BRAUN

Ως προς την προϋπολογισθείσα αρχική τιμή του διαγωνισμού σημειώνεται ότι
α) για μεν φίλτρα αιμοκάθαρσης τύπου polyperhron κατηγορία A2 High flux η
προϋπολογισθείσα αρχική τιμή ανά μονάδα ανέρχεται σε 16,00 € (50 τεμ X
16,00 = 800,00 €) ενώ β) για τα φίλτρα τύπου polyperhron κατηγορία B2 low
flux η προϋπολογισθείσα αρχική τιμή ανά μονάδα ανέρχεται σε 15,00 € (1.300
τεμ X 15,00 = 19.500,00 €). 4. Πλην όμως τα συγκεκριμένα είδη δυνάμει
ρητής διάταξης, ήτοι της υπ αριθμ. 1191/25.2.2016 Υπουργικής απόφασεως
(ΦΕΚΒ 498/26.2.2016) έχουν εξαιρεθεί από την ανάρτησης τιμής στο
Παρατηρητήριο τιμών και η τιμή ανά μονάδα για τα είδη αυτά ρητώς

Αριθμός απόφασης: 84/2020

καθορισθεί για όλη την επικράτεια: α) για τα μεν Φίλτρα High flux (IN VITRO KUF>20ml mmHg/h/1.0m²) με συνθετική μεμβράνη $\geq 1,5m^2$ σε 23.8 ευρώ ανά τεμάχιο β) για τα μεν Φίλτρα low flux (IN VITRO KUF<20ml mmHg/h/1.0m²) με συνθετική μεμβράνη $\geq 1,5m^2$ σε 18.9 ευρώ ανά τεμάχιο

Σημειώνεται ότι οι τιμές αυτές καθορίστηκαν κατόπιν προηγούμενης διαπραγμάτευσης μεταξύ του Πανελληνίου Συλλόγου Προμηθευτών Υλικών Τεχνητού Νεφρού (ΠΑ.Σ.Π.Υ.Τ.Ε.Ν) και του Αναπληρωτή Υπουργό Υγείας και ισχύουν έκτοτε όπως προκύπτει και από τις σχετικές καταχωρήσεις του Παρατηρητηρίου Τιμών ΕΠΥ ΣΧΕΤΙΚΑ 3 και 4).

B.- ΠΡΟΣΒΑΛΛΟΜΕΝΟΙ ΟΡΟΙ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ 5. Με την παρούσα προσβάλλονται οι εξής όροι: 5.1 ο καθορισθείς με το παράρτημα Α Προϋπολογισμός για τα είδη Α2.(4),7 και Β.2.(4).7 με τον οποίο έχουν ορισθεί αρχικές τιμές μονάδας σαφώς κατώτερες από τις καθοριζόμενες με την σχετική υπουργική απόφαση τιμές. Κατά συνέπεια το ανωτέρω Παράρτημα Α έχει συνταχθεί ως προς τα επίδικα είδη κατά παράβαση διατάξεως αναγκαστικού δικαίου και ως εκ τούτου πρέπει να ακυρωθεί. Επιπρόσθετα δε ο τεθείς όρος προϋπολογισμού για τα επίδικα είδη περιορίζει αδικαιολόγητα τον αριθμό των δυνάμενων να συμμετέχουν στον Διαγωνισμό και παραβιάζει: α) αυτονόητα την ως υπ' αριθμ. 1191/25.2.2016 Υπουργική απόφαση και β) το άρθρο 18 παράγραφος 1 του Ν. 4412/2016 για τις Εφαρμοζόμενες Αρχές στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων που προβλέπει 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. 2. 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.» 5.2 Ο όρος 2.4.4 Α Τιμές (τελευταία παράγραφος σελίδα 21) κατά το μέρος που προβλέπει ότι «Ως απαράδεκτες

θα απορρίπτονται προσφορές στις οποίες: α..β).. ...γ) η τιμή υπερβαίνει τον προϋπολογισμό της σύμβασης που καθορίζεται και τεκμηριώνεται από την αναθέτουσα αρχή (παρ. 4 αρ. 26 Ν 4412/2016)» Πράγματι ενώ ούτε το Ενωσιακό ούτε και οι αμιγώς εθνικές διατάξεις του Ν4412/2016 φαίνεται να θεσπίζουν καταρχήν υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να συμπεριλάβει στα έγγραφα της σύμβασης τον προϋπολογισμό και την τεκμηρίωση του, προκειμένου η υπέρβαση προϋπολογισμού να αποτελέσει λόγο απόρριψης προσφοράς πρέπει α) Ο προϋπολογισμός της σύμβασης να περιλήφθηκε στα έγγραφα της σύμβασης και β) η υπέρβαση του να είχε τεθεί επίσης στα έγγραφα της σύμβασης ως απαραίτητος όρος. (βλ. Δ. Ράικος Δημόσιες Συμβάσεις Ν.4412/216 Ερμηνεία κατ' άρθρο τόμος 1 σελ 239, Σάκκουλας 2018). Εν προκειμένω ωστόσο ο προϋπολογισμός είναι εξαιρετικά χαμηλός παρά την ύπαρξη ειδικής διατάξεως που προβλέπει διαφορετικά. Ως εκ τούτου η πρόβλεψη ότι η μη υπέρβαση του αποτελεί απαραίτητο όρο της σύμβασης τίθεται καταχρηστικά και σε ευθεία αντίθεση με την Αρχή της Αναλογικότητας».

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο στην ΑΕΠΠ στις 05/12/2019 τις με αριθμό πρωτ. 12742/2019 απόψεις της επί της προδικαστικής προσφυγής της σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθρο 9 του ΠΔ. 39/2017, τις οποίες και κοινοποίησε αυθημερόν μέσω της ένδειξης «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ, σε όλους τους συμμετέχοντες.

10. Επειδή, με τις απόψεις της η αναθέτουσα αρχή αναφέρει αυτολεξεί τα εξής : «Η αναθέτουσα αρχή για την κατάρτιση της προϋπολογισθείσας τιμής των ζητούμενων από την διακήρυξη κατηγοριών φίλτρων έλαβε υπόψιν της τόσο τις τιμές του παρατηρητήριου όσο και τις τιμές προμήθειας φίλτρων που προέκυψαν από την προηγούμενη ανοιχτή δημόσια διαγωνιστική διαδικασία του για τα εν λόγω φίλτρα. Συγκεκριμένα με τον με συστημ. Αριθμό ...δημοσιεύθηκε η με αριθμ. ... διακήρυξη για την προμήθεια «Διατάξεων Νεφρικής Υποστήριξης» στην οποία κατατέθηκαν για τα ζητούμενα είδη Α2.(4),7 και Β.2.(4)7 δύο προσφορές που πληρούσαν τους τεχνικούς όρους της διακήρυξης και από την οποία προέκυψε με μειοδοσία η με αριθμ. ... Σύμβαση με ΑΔΑ: ... και ΑΔΑΜ: ... Οι συμβατικές τιμές που καθορίστηκαν για τα εν λόγω είδη είναι: Για το είδος Α2.(4),7: 16,00 ευρώ ανά τεμάχιο χωρίς Φ.Π.Α .Για το είδος Β2(4).7 : 15,00 ευρώ ανά τεμάχιο χωρίς Φ.Π.Α. Η

Αριθμός απόφασης: 84/2020

Αναθέτουσα αρχή κατά την κατάρτιση της προϋπολογισθείσας τιμής των ζητούμενων φίλτρων για την διαγωνιστική διαδικασία με συστ. Αριθμ. ... καθώς και την κατάρτιση της διακήρυξης έλαβε υπόψιν της: 1. το γεγονός ότι οι τιμές της προηγούμενης προμήθειας των ανωτέρω ειδών προσδιορίστηκε με ανοιχτή δημόσια διαγωνιστική διαδικασία στην οποία τηρήθηκαν όλοι οι κανόνες δημοσιότητας και ως εκ τούτου προέκυψαν από τον ελεύθερο ανταγωνισμό των ιδιωτικών εταιριών χωρίς να υπάρχει προσφυγή σε οποιοδήποτε στάδιο αξιολόγησης της διαδικασίας. 2. Το γεγονός ότι για λόγους δημοσιονομικού οφέλους η αναθέτουσα αρχή θεώρησε σημαντικό να λάβει υπόψη της τις τιμές που προέκυψαν από την προηγούμενη διαγωνιστική διαδικασία προκειμένου για την συγκράτηση του κόστους και την αποφυγή επαυξημένων προϋπολογισμών. 3. Το γεγονός ότι ο σχεδιασμός της διαδικασίας σύναψης σύμβασης δεν έγινε με σκοπό τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού αλλά με γνώμονα τη διασφάλιση της χρηστής δημοσιονομικής διαχείρισης των διατιθέμενων πόρων. Συγκεκριμένα, προσδιορίζοντας τις εν λόγω προϋπολογισθείσες τιμές δεν περιορίζεται σε καμία περίπτωση ο αριθμός των συμμετεχόντων και δεν παραβιάζεται η ισότιμη αντιμετώπιση των οικονομικών φορέων καθώς αφενός οι τεχνικές προδιαγραφές των εν λόγω φίλτρων είναι εγκεκριμένες από την Ε.ΚΑ.Π.Υ και αφετέρου η κάθε εταιρία έχει τη δυνατότητα να προσαρμόσει τις τιμές της ανάλογα με τον ανταγωνισμό. 4. Την παράγραφο 4 του άρθρο 26 του 4412/2016 σύμφωνα με το οποίο απορρίπτονται ως απαράδεκτες οι προσφορές όσων η τιμή υπερβαίνει τον προϋπολογισμό της αναθέτουσας αρχής όπως καθορίσθηκε πριν την έναρξη της διαδικασίας σύναψης σύμβασης. Σε κάθε περίπτωση το νοσοκομείο μας για λόγους δημοσιονομικού συμφέροντος προτείνει την συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας με τους υφιστάμενους όρους και προϋπολογισμούς καθώς κατά την άποψη μας δεν προκύπτει περιορισμός του αριθμού των συμμετεχόντων και μη ισότιμη και αδιαφανή αντιμετώπιση των οικονομικών φορέων και δεν παραβιάζεται η αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών της ελευθερίας του ανταγωνισμού, της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης.».

11. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 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. [...] 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.[...].

12. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 26 παρ. 4 εδ. β' του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «4. Απαράδεκτες προσφορές θεωρούνται συγκεκριμένα: ... β) όσων η τιμή υπερβαίνει τον προϋπολογισμό της αναθέτουσας αρχής, όπως καθορίσθηκε και τεκμηριώθηκε πριν την έναρξη της διαδικασίας συναφής σύμβασης».

13. Επειδή, το άρθρο 53 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης» προβλέπει στην παρ. 1 τα εξής «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών».

14. Επειδή, το άρθρο 54 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Τεχνικές προδιαγραφές» αναφέρει τα κάτωθι «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. Οι τεχνικές προδιαγραφές μπορούν επίσης να καθορίζουν αν απαιτείται μεταβίβαση δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας. Για όλες τις συμβάσεις που προορίζονται για χρήση από φυσικά πρόσωπα είτε πρόκειται για το ευρύ κοινό είτε για το προσωπικό της αναθέτουσας αρχής, οι

τεχνικές προδιαγραφές, καταρτίζονται με τρόπο ώστε να λαμβάνουν υπόψη κριτήρια προσβασιμότητας για άτομα με αναπηρίες ή το σχεδιασμό για όλους τους χρήστες. Αν έχουν υιοθετηθεί υποχρεωτικές απαιτήσεις προσβασιμότητας δυνάμει νομοθετικής πράξης της Ένωσης, οι τεχνικές προδιαγραφές, όσον αφορά τα κριτήρια προσβασιμότητας για άτομα με αναπηρίες ή τον σχεδιασμό για όλους τους χρήστες, καθορίζονται με παραπομπή στις εν λόγω απαιτήσεις.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», γ) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις κατά τα οριζόμενα στην περίπτωση α', με παραπομπή, ως τεκμήριο συμβατότητας προς τις εν λόγω επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β', δ) με παραπομπή στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' για ορισμένα χαρακτηριστικά και με παραπομπή στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις που αναφέρονται στην περίπτωση α' για ορισμένα άλλα χαρακτηριστικά. 4. Οι τεχνικές προδιαγραφές, εκτός εάν δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, δεν περιέχουν μνεία συγκεκριμένης

κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που να χαρακτηρίζει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που παρέχονται από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα ούτε εμπορικού σήματος, διπλώματος ευρεσιτεχνίας, τύπων ή συγκεκριμένης καταγωγής ή παραγωγής που θα είχε ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή ορισμένα προϊόντα. Η εν λόγω μνεία επιτρέπεται, κατ' εξαίρεση, όταν δεν είναι δυνατόν να γίνει επαρκώς προσδιορισμένη και κατανοητή περιγραφή του αντικειμένου της σύμβασης κατ' εφαρμογή της παρ. 3. Η εν λόγω μνεία συνοδεύεται από τον όρο «ή ισοδύναμο». 5. Όταν η αναθέτουσα αρχή χρησιμοποιεί τη δυνατότητα παραπομπής στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' της παρ. 3, δεν απορρίπτει προσφορά με την αιτιολογία ότι τα προσφερόμενα έργα, αγαθά ή οι υπηρεσίες δεν πληρούν τις τεχνικές προδιαγραφές στις οποίες έχει παραπέμψει, εφόσον ο προσφέρων αποδεικνύει στην προσφορά του, με κάθε ενδεδειγμένο μέσο, συμπεριλαμβανομένων των αποδεικτικών μέσων που αναφέρονται στο άρθρο 56, ότι οι λύσεις που προτείνει πληρούν κατά ισοδύναμο τρόπο τις απαιτήσεις που καθορίζονται από τις τεχνικές προδιαγραφές. 6. Όταν η αναθέτουσα αρχή χρησιμοποιεί τη δυνατότητα που αναφέρεται στην περίπτωση α' της παρ. 3 για τη διατύπωση των τεχνικών προδιαγραφών με αναφορά στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις, δεν απορρίπτει προσφορά έργων, αγαθών ή υπηρεσιών που πληρούν ένα εθνικό πρότυπο το οποίο αποτελεί μεταφορά ευρωπαϊκού προτύπου, μία ευρωπαϊκή τεχνική έγκριση, μία κοινή τεχνική προδιαγραφή, ένα διεθνές πρότυπο ή ένα τεχνικό πλαίσιο αναφοράς που έχει εκπονηθεί από έναν ευρωπαϊκό οργανισμό τυποποίησης, εφόσον οι εν λόγω προδιαγραφές καλύπτουν τις επιδόσεις ή τις λειτουργικές απαιτήσεις που ορίζει. Ο προσφέρων αποδεικνύει στην προσφορά του, με κάθε ενδεδειγμένο μέσο, συμπεριλαμβανομένων και εκείνων που αναφέρονται στο άρθρο 56, ότι το έργο, η αγαθό ή η υπηρεσία που πληροί το πρότυπο ανταποκρίνεται στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις τις οποίες έχει ορίσει η αναθέτουσα αρχή. 7. Οι τεχνικές προδιαγραφές καθορίζονται και εγκρίνονται πριν την έναρξη της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης κατά το άρθρο 61. [...]».

15. Επειδή, σύμφωνα με όσα πάγια γίνονται δεκτά, το στοιχείο, με βάση, το οποίο κρίνεται μία οικονομική προσφορά ως αποδεκτή είναι η

υπέρβαση ή μη του προϋπολογισμού, που έχει τεθεί από την Αναθέτουσα Αρχή με βάση σχετικό κανονιστικό όρο της διακήρυξης. Μόνο εφόσον η οικονομική προσφορά βρίσκεται εντός του προϋπολογισμού του διαγωνισμού, μόνον τότε η αρμόδια Επιτροπή συνεχίζει την αξιολόγηση της ως προς τα λοιπά στοιχεία της προσφοράς, κατά τα βασίμως προβαλλόμενα από την αναθέτουσα αρχή και την παρεμβαίνουσα. Για το λόγο αυτό το πρώτο στοιχείο, που σημειώνεται και υπογραμμίζεται στα σχετικά πρακτικά των Επιτροπών είναι το αν η οικονομική προσφορά βρίσκεται εντός ή όχι του προϋπολογισμού του διαγωνισμού. (Βλ. ΑΕΠΠ 253/2019).

16. Επειδή, η Υπουργική Απόφαση 1191/2016 (ΦΕΚ 498/Β/2016) ως ισχύει ορίζει, ότι *«Εξαιρούμε, για λόγους δημοσίου συμφέροντος και κάλυψης ζωτικών λειτουργικών αναγκών των δημοσίων νοσοκομείων, την ανάρτηση τιμής στο Παρατηρητήριο Τιμών για το είδος «ΦΙΛΤΡΑ LOW FLUX (IN VITRO KUF<20ml/mmHg/h/1.0 m²) ΜΕ ΣΥΝΘΕΤΙΚΗ ΜΕΜΒΡΑΝΗ >=1,5m²» - Κωδικός Παρατηρητηρίου Τιμών 30.1.3.1» και για το είδος «ΦΙΛΤΡΑ HIGH FLUX (IN VITRO KUF>20ml/mmHg/h/1.0 m²) ΜΕ ΣΥΝΘΕΤΙΚΗ ΜΕΜΒΑΝΗ >=1,5m²» - Κωδικός Παρατηρητηρίου Τιμών 30.1.6.1.»*. 2. Καθορίζουμε την τιμή για όλη την επικράτεια για το είδος *«ΦΙΛΤΡΑ LOW FLUX (IN VITRO KUF <20ml/mmHg/h/1.0 m²) ΜΕ ΣΥΝΘΕΤΙΚΗ ΜΕΜΒΡΑΝΗ >=1,5m²»*-Κωδικός Παρατηρητηρίου Τιμών 30.1.3.1» στα 18,9 ευρώ και για το είδος *«ΦΙΛΤΡΑ HIGH FLUX (IN VITRO KUF>20ml/mmHg/h/1.0 m²) ΜΕ ΣΥΝΘΕΤΙΚΗ ΜΕΜΒΑΝΗ >=1,5m²»*-Κωδικός Παρατηρητηρίου Τιμών 30.1.6.1.» στα 23,8 ευρώ. Οι τιμές αυτές ισχύουν έως την ολοκλήρωση κεντρικού διαγωνισμού ή των διαγωνισμών των νοσοκομείων για την προμήθεια των εν λόγω ειδών».

17. Επειδή, συνεπώς σε συνέχεια των ανωτέρω η αναθέτουσα αρχή έχει την ευχέρεια να καθορίσει τις προϋποθέσεις συμμετοχής, σύμφωνα με το ενωσιακό και εθνικό δίκαιο, του διαγωνισμού με δύο βασικούς περιορισμούς: (α) να μην περιορίζεται ο ελεύθερος και ανόθευτος ανταγωνισμός και η ευρεία συμμετοχή σε διαγωνιστικές διαδικασίες μέσω της επιβολής προδιαγραφών που συρρικνώνουν την ελεύθερη αγορά και (β) να τίθενται κατά τέτοιο τρόπο στο κείμενο της διακήρυξης, ώστε να είναι αρκετά ακριβείς και να μην καταλείπεται οιαδήποτε αμφιβολία στους προσφέροντες ως προς την κατανόηση και τον προσδιορισμό του αντικειμένου και των απαιτήσεων της

διακήρυξης. Επιπρόσθετα, κάθε αναθέτουσα αρχή στις περιπτώσεις αυτές πρέπει να λαμβάνει υπόψη το κριτήριο της αναλογικότητας υπό την έννοια ότι τυχόν περιοριστικά μέτρα που τίθενται με τους όρους της διακήρυξης μπορούν να θεωρηθούν ότι συμβιβάζονται με τον ενωσιακό δίκαιο μόνον εάν μπορεί να αποδειχθεί ότι: (α) έχουν οριστεί για την εξυπηρέτηση θεμιτού σκοπού δημόσιας τάξης που έχει τεθεί προς το γενικό συμφέρον, (β) εφαρμόζονται κατά τρόπο που δεν δημιουργεί διακρίσεις, (γ) είναι κατάλληλα για την επίτευξη αυτού του επιδιωκόμενου σκοπού και (δ) δεν είναι δεσμευτικά πέραν του βαθμού που είναι αναγκαίος για την επίτευξη του σκοπού (βλ. ΔΕΚ απόφαση της 3η Φεβρουαρίου 1993 Vereniging Veronica Omroep Organisatie κατά Commissariaat voor de Media, C-148/91, σκ. 9, Dieter Kraus κατά Land Baden-Württemberg, C-19/92, σκ. 32). Με άλλα λόγια η αναθέτουσα αρχή είναι εκείνη που καθορίζει το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των υποψηφίων οικονομικών φορέων, το οποίο, όμως και πρέπει να συνδέεται και να τελεί σε αναλογία προς το αντικείμενο της σύμβασης και να δικαιολογείται από τη φύση και το σκοπό του συγκεκριμένου έργου, ήτοι δύναται η αναθέτουσα αρχή να ζητά ένα ή περισσότερα δικαιολογητικά ανάλογα με τις απαιτήσεις της κατά περίπτωση σύμβασης, τις δυνατότητες της συγκεκριμένης αγοράς στην οποία απευθύνεται και την ανάγκη εξασφάλισης συνθηκών πραγματικού ανταγωνισμού. Μεταξύ των στοιχείων της διακήρυξης που εμπίπτουν εντός του πεδίου της άσκησης διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής είναι και το ύψος του προϋπολογισμού της διακήρυξης και εν συνεχεία της υπό ανάθεση σύμβασης, υπό την προϋπόθεση ότι η διακήρυξη δεν θα πρέπει να εμπεριέχει παράνομους όρους ή το ύψος του προϋπολογισμού να υποκρύπτει παράβαση της εργατικής ή άλλης νομοθεσίας ή να είναι δυσανάλογα χαμηλό ώστε να μην είναι δυνατή η εκτέλεση της σύμβασης από τον μελλοντικό ανάδοχο (βλ. ΑΕΠΠ 8/2019 Επταμελής Σύνθεση) χωρίς, ωστόσο, να κρίνεται ως μόνο σύννομο μέτρο εκτίμησης - με σκοπό την εξυπηρέτηση κατά τον καλύτερο τρόπο του δημοσίου συμφέροντος - του ύψους του προϋπολογισμού η εκάστοτε τιμή του Παρατηρητηρίου τιμών (ΕΑ ΣΤΕ 9/2019).

18. Επειδή, η αρχή της ίσης μεταχείρισης 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., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C 538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, Επιτροπή κατά Δανίας, C-243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C 87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, SIAC Construction, C 19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, Μηχανική, C 213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, MT Højgaard και Züblin, C 396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C 87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, Universale-Bau, C 470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C 538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manona, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

19. Επειδή, περαιτέρω, από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 18, 54 και 86 του ν. 4412/2016, συνάγεται ότι το σύστημα της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, η οποία προσδιορίζεται αποκλειστικά με βάση την τιμή, προϋποθέτει, λογικώς, προσφερόμενα είδη τα οποία είναι από άποψη τεχνικών χαρακτηριστικών, ιδιοτήτων και ποιότητας κατ' αρχήν ισοδύναμα και τα οποία, ως εκ τούτου, διαφοροποιούνται ουσιαστικά μόνο ως προς την προσφερόμενη τιμή. Στην περίπτωση αυτή, η χρησιμοποίηση από τη Διοίκηση ως κριτηρίου επιλογής μόνο της χαμηλότερης τιμής έχει την έννοια της επιλογής του φθηνότερου μεταξύ των

Αριθμός απόφασης: 84/2020

προσφερομένων παρεμφερών προϊόντων, ευνοεί τον ανταγωνισμό, λόγω του ότι επιτρέπει τη συμμετοχή περισσότερων προμηθευτών, αποβαίνει δε επωφελής για τη Διοίκηση, αφού οδηγεί αναγκαίως στη συμπίεση των τιμών εκ μέρους των υποψήφιων προμηθευτών, αφού κριτήριο κατακύρωσης είναι η χαμηλότερη τιμή προσφοράς. Αντιθέτως, το σύστημα της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς που προσδιορίζεται με βάση τη βέλτιστη σχέση ποιότητας - τιμής προσιδιάζει σε διαγωνισμούς όπου τα προσφερόμενα είδη διαφοροποιούνται κατά το μάλλον ή ήττον ουσιαδώς από άποψη ποιότητας και τιμής, για το λόγο δε αυτόν, προκειμένου να ευρεθεί η πλέον συμφέρουσα προσφορά, δικαιολογείται η στάθμιση κατά την αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών και ποιοτικών κριτηρίων, εφ' όσον αυτά συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης, δεν παρέχουν στην αναθέτουσα αρχή απεριόριστη ελευθερία επιλογής, μνημονεύονται ρητά στην συγγραφή υποχρεώσεων ή στην προκήρυξη του διαγωνισμού και τηρούν όλες τις θεμελιώδεις αρχές του κοινοτικού δικαίου, ιδίως δε την απαγόρευση διακρίσεων (ΣΤΕ 2183/2004 7μ., ΕΑ 849/2004, ΕΑ 29/2005). Στην περίπτωση αυτή η Διοίκηση έχει ευρεία ευχέρεια να επιλέξει είτε προϊόν τεχνικώς αποδεκτό σε χαμηλή τιμή, είτε προϊόν τεχνικώς εξελιγμένο σε λογική τιμή, αφού ο προσφέρων το τελευταίο, για να έχει πιθανότητες να αναδειχθεί προμηθευτής, θα υποχρεωθεί να συμπίεσει την τιμή της προσφοράς. Περαιτέρω, από το συνδυασμό των πιο πάνω διατάξεων που παρατίθενται στην 12η σκέψη και των διατάξεων της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ και της υπουργικής απόφασης με την οποία αυτή μεταφέρθηκε στην ελληνική έννομη τάξη, προκύπτει ότι οι τεχνικές προδιαγραφές των 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 διατάξεων αυτών. Ειδικότερα, όταν ο διαγωνισμός προμήθειας ιατροτεχνολογικών προϊόντων του άρθρου 2.2 της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ διενεργείται κατά το σύστημα της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς με βάση την τιμή, η Διοίκηση δεν δύναται να αξιώνει για τα προς προμήθεια είδη, πλην της σήμανσης CE, μέσω της οποίας δηλώνεται ότι τα είδη αυτά ανταποκρίνονται στα εναρμονισμένα πρότυπα, την πλήρωση

Αριθμός απόφασης: 84/2020

περαιτέρω προδιαγραφών. Και τούτο διότι η Οδηγία 93/42/ΕΟΚ 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, 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 (βλ. ΣΤΕ 2183/04 7μ.).

20. Επειδή, επέκεινα από την συνολική επισκόπηση του φακέλου προκύπτει ότι η εν λόγω προσφυγή παρίσταται απορριπτέα ως νόμω και ουσία αβάσιμη. Τούτο διότι, από την συνολική επισκόπηση των στοιχείων του φακέλου, και την ανάγνωση της επικαλούμενης ΥΑ από την προσφεύγουσα προκύπτει ρητώς ότι *«Οι τιμές αυτές ισχύουν έως την ολοκλήρωση κεντρικού διαγωνισμού ή των διαγωνισμών των νοσοκομείων για την προμήθεια των εν λόγω ειδών»*. Εξάλλου σύμφωνα με το τελευταίο εδάφιο του άρθρου 13 του ν. 3918/2011 ως ισχύει ορίζεται ότι *«Επιπλέον δύναται, για λόγους κάλυψης ζωτικών λειτουργικών αναγκών των Δημόσιων Νοσοκομείων και δημοσίου συμφέροντος, και μέχρι την ολοκλήρωση των κεντρικών διαγωνισμών ή των διαγωνισμών των Νοσοκομείων, ο Υπουργός Υγείας με απόφασή του να εξαιρεί ορισμένα είδη από την ανάρτηση της τιμής τους στο Παρατηρητήριο, όταν παρατηρείται μείωση που ξεπερνά το ποσοστό του ανωτέρω εδαφίου. Η τιμή αγοράς αυτών καθορίζεται με την ανωτέρω υπουργική απόφαση, έπειτα από διαπραγμάτευση του Υπουργείου Υγείας με τους αντίστοιχους προμηθευτές και έχει καθολική εφαρμογή για όλη την επικράτεια. Οι διατάξεις της παρούσας παραγράφου ισχύουν έως 31.5.2016»*. Συνεπώς προκύπτει με σαφήνεια ότι η συγκεκριμένη δέσμευση της διοίκησης για τήρηση των συγκεκριμένων τιμών υφίστατο μέχρι 31/05/2016. Ωσαύτως ουδόλως προκύπτει ότι ο σχεδιασμός της διαδικασίας σύναψης σύμβασης έγινε με σκοπό τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού ως αβασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Συγκεκριμένα, παρέπεται με σαφήνεια από τα στοιχεία της διακήρυξης, ότι προσδιορίζοντας τις εν λόγω προϋπολογισθείσες τιμές που διαλαμβάνονται στην διακήρυξη δεν περιορίζεται σε καμία περίπτωση ο αριθμός των συμμετεχόντων και δεν παραβιάζεται η ισότιμη αντιμετώπιση των οικονομικών φορέων, καθώς, αφενός οι τεχνικές προδιαγραφές των εν λόγω

φίλτρων είναι εγκεκριμένες από την Ε.ΚΑ.Π.Υ και αφετέρου η κάθε εταιρία έχει τη δυνατότητα να προσαρμόσει τις τιμές της ανάλογα με τον υφιστάμενο ανταγωνισμό. Εξάλλου τα ως άνω επιρρωνύονται από το γεγονός ότι κατά την ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής είχαν ήδη καταθέσει τέσσερις εταιρίες προσφορές μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα, ενώ και σε προγενέστερο χρόνο η αναθέτουσα αρχή είχε προκηρύξει ομοειδή διαγωνισμό με όμοιες τιμές με τις προσβαλλόμενες, ο οποίος συμβασιοποιήθηκε επιτυχώς. Συνεπώς ο συγκεκριμένος λόγος, απορρίπτεται ως νόμω και ουσία αβάσιμος.

21. Επειδή, ως συνέπεια των ανωτέρω, δεδομένου ότι για να είναι νόμιμη η ανάθεση παροχής έργων από αναθέτουσες αρχές σε τρίτους, απαιτείται να προκύπτουν με σαφήνεια από τα έγγραφα της σχετικής σύμβασης το είδος, η ποσότητα αυτών, η προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης και η τεκμηρίωσή της και ειδικότερα, πρέπει να προκύπτουν από τα στοιχεία του φακέλου κατά τρόπο ειδικό και ορισμένο τα στοιχεία από τα οποία τεκμηριώνεται το μέγεθος της προϋπολογιζόμενης δαπάνης (π.χ. έρευνα αγοράς, συγκριτικά στοιχεία άλλων διαγωνισμών με συναφές αντικείμενο), ώστε να αιτιολογείται επαρκώς η έκταση της δημοσιονομικής επιβάρυνσης του φορέα, αλλά και προκειμένου ο υποψήφιος ανάδοχος να δύναται να ελέγξει τη νομιμότητα του προϋπολογισμού. Η έλλειψη των ως άνω στοιχείων καθιστά τη σχετική διαδικασία ανάθεσης και τις οικείες δαπάνες μη νόμιμες (πρβλ. Ε.Σ. πράξεις ΚΠΕΔ στο IV Τμ. 24/2018, στο VII Τμ. 23/2017, 55/2017, 151, 168/2017).

22. Επειδή, η αρχή της αναλογικότητας, αποτελεί γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου, σύμφωνα με την οποία, κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίο και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού (ΔΕΕ, Απόφαση της 22.10.2015, Υπόθεση C-425/14, Impresa Edilux Srl, σκέψη 29, ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C213/07, Μηχανική Α.Ε, σκέψη 49, ΔΕΕ, Απόφαση της 23.12.2009, Υπόθεση C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, σκέψη 33, ΔΕΕ, Απόφαση της 19.05.2009, Υπόθεση C-538/07, Assitur, σκέψεις 21 και 23, ΔΕΕ, Απόφαση της 14.12.2004, Υπόθεση C-210/03, Swedish Match, σκέψη 47, ΔΕΕ Απόφαση της 11.07.2002, Υπόθεση C-210/00, Käserei Champignon

Hofmeister, σκέψη 59 κλπ). Επειδή, δέσμια αρμοδιότητα υπάρχει, όταν το διοικητικό όργανο, εφόσον διαπιστώσει ότι συντρέχουν οι προβλεπόμενες από τους κανόνες δικαίου πραγματικές ή νομικές προϋποθέσεις για την εφαρμογή τους, είναι υποχρεωμένο να εκδώσει διοικητική πράξη που περιέχει ορισμένη ατομική ρύθμιση, την οποία προκαθορίζουν οι κανόνες αυτοί (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 1ος τόμος, 15η έκδοση σελ. 138). Συνεπώς, αν η δημόσια διοίκηση δεν ενεργήσει – όταν ο νόμος απαιτεί ενέργεια- παρανομεί (Α. Ι. Τάχος, *Ελληνικό διοικητικό δίκαιο*, 5η έκδοση, *ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΣΑΚΚΟΥΛΑ, ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗ*, 1996, σελ, 319).

23. Επειδή, οι γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου, ως της χρηστής διοίκησης, και, της αναλογικότητας, έχουν εφαρμογή κατά την ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας της Αναθέτουσας Αρχής, ήτοι της νομικής δυνατότητας της διοίκησης να επιλέγει ανάμεσα σε διάφορες εξίσου νόμιμες λύσεις, μία απόφαση δηλαδή για το εάν, τότε και πώς της διοικητικής δράσης (Π. Δαγτόγλου, *Γενικό Διοικητικό Δίκαιο*, Αθήνα-Κομοτηνή 2004, σ. 191).

24. Επειδή, επομένως, κρίσιμη είναι η διαφοροποίηση και υπό αυτή την έννοια η αποφυγή της σύγχυσης της διακριτικής ευχέρειας με την ερμηνεία ενός κανόνα δικαίου, που οφείλει να κάνει η Διοίκηση, η οποία συνίσταται στην εξακρίβωση, με τη χρήση των διαφόρων ερμηνευτικών μεθόδων, με επικρατέστερες πέραν της γραμματικής, την συστηματική - υπό την έννοια της ένταξης της επίμαχης διάταξης σε ένα πλέγμα διατάξεων - και την τελολογική, του ποια πραγματικά αρμοδιότητα παρέχει ο κανόνας δικαίου στο διοικητικό όργανο και καταλήγει στην υιοθέτηση μιας και μόνης άποψης. Αντιστοίχως, διαφοροποιείται η διακριτική ευχέρεια της απλής διαπίστωσης της συνδρομής των πραγματικών ή νομικών καταστάσεων, που συνιστούν τις νόμιμες προϋποθέσεις για την έκδοση της διοικητικής πράξης, η οποία δύναται να είναι θετική ή αρνητική, σωστή ή λανθασμένη. Στην περίπτωση αυτή, το διοικητικό όργανο έχει απλώς αρμοδιότητα να εξακριβώσει την ύπαρξη των στοιχείων, τα οποία στη συγκεκριμένη περίπτωση συνθέτουν ορισμένη πραγματική ή νομική κατάσταση, για να κρίνει, εάν υπάρχει η προϋπόθεση εφαρμογής ενός απρόσωπου κανόνα δικαίου με την έκδοση της σχετικής πράξης δεδομένου ότι η διαπίστωση της συνδρομής των νόμιμων

προϋποθέσεων είναι αναγκαία για την άσκηση της δέσμιας αρμοδιότητας. (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη, Τόμος 1, 15η Έκδοση, 2017, σελ 140).⁶⁴. Επομένως, δεν χωρεί εφαρμογή των αρχών της αναλογικότητας και της χρηστής διοίκησης όπου η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εφαρμόσει συγκεκριμένη διάταξη και κατά τον νόμο και την Διακήρυξη ενεργεί κατά δεσμία αρμοδιότητα (πρβλ. ΔΕΦΑΘ 2098/2013, ΣΤΕ 2067/2004, 13/2003, 1072/2003).

25. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω νόμων και ουσία αβασίμως επιδιώκει η προσφεύγουσα την ακύρωση του όρου 2.4.4 περί ανώτατου ορίου προσφορών. Τούτο διότι η απάλειψη του συγκεκριμένου όρου θα έχει ως αποτέλεσμα την υπέρβαση του προβλεφθέντος από την διακήρυξη προϋπολογισμού. Εξάλλου ως ήδη προδιελήφθη είναι απορριπτός ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί παραβίασης της αρχής της αναλογικότητας από την αναθέτουσα αρχή, καθώς αυτή δεν χωρεί εφαρμογή των αρχών της αναλογικότητας και της χρηστής διοίκησης όπου η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εφαρμόσει συγκεκριμένη διάταξη και κατά τον νόμο και την Διακήρυξη ενεργεί κατά δεσμία αρμοδιότητα. Συνεπώς ο συγκεκριμένος λόγος, απορρίπτεται ως νόμος και ουσία αβάσιμος.

26. Επειδή η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή κατά το μέρος που στρέφεται κατά κάθε άλλης προγενέστερης ή μεταγενέστερης συναφούς πράξης ή παράλειψης είναι παντελώς αόριστη και ανεπίδεκτη εκτίμησης και πρέπει για το λόγο αυτό να απορριφθεί ως απαράδεκτη (βλ. ΙΙ Τμήμα Ελ. Συν. 3220,3200,2822,2800/2009, 526/2011, 602/2013, 5000/2015, 790/2016).

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

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

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου με κωδικό ..., ποσού 600 ευρώ.

Αριθμός απόφασης: 84/2020

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 3 Ιανουαρίου 2020 και εκδόθηκε στις 22 Ιανουαρίου 2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Ευαγγελία Μιχολίτση

Η Γραμματέας

Φωτεινή Μαραντίδου