

Η

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

7ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της την 22^η Οκτωβρίου 2018 με την εξής σύνθεση:
Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου-Πρόεδρος, Χρυσάνθη Ζαράρη-Εισηγήτρια και
Μιχαήλ Σειραδάκης, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με το αίτημα αναστολής της προόδου της
διαγωνιστικής διαδικασίας που ενσωματώνεται στην από 09.10.2018
Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) – Αρχή Εξέτασης
Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/1042/11.10.2018 του προσφεύγοντος
οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» (εφεξής προσφεύγων), με έδρα
τη....., οδόςαρ....., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΑΚΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟΥ ΠΑΤΡΩΝ
«ΠΑΝΑΓΙΑ Η ΒΟΗΘΕΙΑ» (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται
νόμιμα.

Με την Προδικαστική Προσφυγή, στην οποία σωρεύει και αίτημα λήψης
προσωρινών μέτρων, ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση όρων τεχνικών
προδιαγραφών των ειδών με α/α 127, 128 και 130 της με αριθμό 13/18
Διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής που αφορά σε ανάθεση σύμβασης
προμήθειας με τίτλο: «Διατάξεις ενδοσκοπίας και ενδοχειρουργικής –
Λαπαροσκοπικά Ενδοσκοπικά» με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα
από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής.

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

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης Προσφυγής έχει καταβληθεί e-παραβόλο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ύψους 600 ευρώ [βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 238690344958 1210 0020, εκτύπωση αυτόματης δέσμευσης e-παραβόλου από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (ΓΓΠΣ) του Υπουργείου Οικονομικών και μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου της ΓΓΠΣ προς τον προσφεύγοντα όπου αναγράφεται ως κατάσταση του οικείου παραβόλου η ένδειξη πληρωμένο, η οποία διενεργήθηκε δια μέσου της ALPHA BANK).

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε με την με αριθμό 13/18 Διακήρυξη της ηλεκτρονικό ανοικτό διεθνή διαγωνισμό, με αντικείμενο την προμήθεια διατάξεων ενδοσκοπίας και ενδοχειρουργικής Λαπαροσκοπικά-Ενδοσκοπικά» (CPV : 33168000-5), εκτιμώμενης αξίας 1.532.258 €, πλέον ΦΠΑ, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει τιμής. Εν προκειμένω, η προϋπολογισθείσα αξία για τα είδη με α/α 127,128 και 130 είναι 33.480,00€, 33.480,00€ και 13.770,00€, πλέον ΦΠΑ, αντίστοιχα. Προσφορές υποβάλλονται για ένα ή για περισσότερα είδη.

3. Επειδή, η Διακήρυξη απεστάλη προς δημοσίευση στο Συμπλήρωμα της Επίσημης Εφημερίδας της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 25.09.2018 (2018/S 185-418062), καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με Α.Δ.Α.Μ. 18PROC003756268 2018-09-28, καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, όπου έλαβε συστημικό αριθμό ανάρτησης 46685.

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθ. 345 του ν. 4412/2016.

5. Επειδή, η υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε την 10.10.2018 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη Απόφαση αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 28.09.2018, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και είναι νομίμως υπογεγραμμένη γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 περ. γ του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 περ. γ εδ. β' του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή, ο προσφεύγων, θεμελιώνει καταρχήν έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό εξέταση Προσφυγής, καθόσον δραστηριοποιείται στον οικείο επιχειρηματικό χώρο προμηθεύοντας ιατροτεχνολογικό εξοπλισμό, επιθυμεί να συμμετάσχει στον επίμαχο Διαγωνισμό, κατά δήλωσή του, και να προσφέρει για τα είδη της διακήρυξης με α/α 127, 128 και 130 προϊόντα του εργοστασίου κατασκευής Olympus, τα οποία διαθέτουν πιστοποιήσεις FDA και CE, πλην όμως, οι προσβαλλόμενοι με την παρούσα όροι τεχνικών προδιαγραφών καθιστούν αδύνατη τη συμμετοχή του στον υπόψη Διαγωνισμό θέτοντας αδικαιολόγητους και μη νόμιμους περιορισμούς (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 346,1137/2010, 405, 1305/2009 κ.ά. –βλ. και απόφαση ΔΕΕ της 12.02.2004, C-230/2002, Grossmann Air Service).

7. Επειδή, την 11.10.2018 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση Προσφυγής προς κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο -με ανάρτηση στον ηλεκτρονικό τόπο του Διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ), σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

8. Επειδή, την 19.10.2018 η αναθέτουσα αρχή με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις με αριθ. πρωτ. 2581/2018 απόψεις της επί της Προδικαστικής Προσφυγής, χωρίς ωστόσο να προβεί σε αναφορά σχετικά με βλάβη που θα της προκληθεί σε περίπτωση χορήγησης προσωρινών μέτρων εκ μέρους της ΑΕΠΠ κατόπιν του αιτήματος του προσφεύγοντος.

9. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η Προσφυγή με το υπό εξέταση αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων και ίδια αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας, δηλαδή της προθεσμίας υποβολής προσφορών έως την έκδοση Απόφασης επί της Προσφυγής από την ΑΕΠΠ, νομίμως εισάγεται ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346, παρ. 1, 360, και 366 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 παρ. 1, και 15 του ΠΔ 39/2017.

10. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι οι παρακάτω προσβαλλόμενοι όροι των Τεχνικών Προδιαγραφών της Διακήρυξης για τα με α/α είδη 127,128 και 130 παραβιάζουν τις διατάξεις του άρθρου 54 παρ. 2 και 4 του Ν. 4412/2016, καθόσον με αυτούς προσδιορίζονται συγκεκριμένα προϊόντα και κατά συνέπεια, ευνοούνται οι επιχειρήσεις που αντιπροσωπεύουν τα προϊόντα αυτά στην Ελλάδα, δεν εξασφαλίζεται η μεγαλύτερη δυνατή ευρύτητα συμμετοχής στον υπό κρίση Διαγωνισμό και νοθεύεται η αρχή του υγιούς ανταγωνισμού. Πιο συγκεκριμένα, ισχυρίζεται ότι, οι παρακάτω προσβαλλόμενοι όροι των Τεχνικών Προδιαγραφών των ειδών με α/α 127, 128, 130, (ΛΑΠΑΡΟΣΚΟΠΙΚΑ ΕΝΔΟΣΚΟΠΙΚΑ) «φωτογραφίζουν» τα προϊόντα της κατασκευάστριας εταιρείας «....» και τα προϊόντα της κατασκευάστριας εταιρείας «..», όπως ισχυρίζεται ότι αποδεικνύεται από τα επισυναπτόμενα στην παρούσα επίσημα προσπέκτους του ως άνω κατασκευαστικού οίκου, η οποία αντιπροσωπεύεται στην Ελλάδα από την εταιρεία «.....» και την εταιρεία «.....» Πιο συγκεκριμένα, ισχυρίζεται ότι:

«1. Στο παράρτημα «ΛΑΠΑΡΟΣΚΟΠΙΚΑ-ΕΝΔΟΣΚΟΠΙΚΑ» και συγκεκριμένα στο είδος με αύξοντα αριθμό Α/Α 127, ζητείται «Αιμοστατικό ψαλίδι υπερήχων για ανοιχτές ή λαπαροσκοπικές επεμβάσεις, μήκους 14 & 23 εκατοστών, με δυνατότητα απολίνωσης αγγείων διαμέτρου έως 5mm με δυνατότητα ενεργοποίησης από το χέρι, χωρίς την ανάγκη χρήσης προσαρμογέα. Με κυρτή λεπίδα τιτανίου. Προαιρετικά να διαθέτει τεχνολογία αντίληψης ιστού» Ο συνδυασμός των ζητούμενων τεχνικών χαρακτηριστικών, ήτοι «μήκους 14 & 23 εκατοστών» του υπό προμήθεια είδους «φωτογραφίζουν» το προϊόντης κατασκευάστριας εταιρείας ηαποκλείοντας ουσιαστικά από τον διαγωνισμό όλες τις υπόλοιπες εταιρείες του χώρου, μεταξύ των οποίων και την εταιρεία μας, οι οποίες προσφέρουν Αιμοστατικό ψαλίδι υπερήχων για ανοιχτές ή λαπαροσκοπικές επεμβάσεις και δεν διαθέτουν τα παραπάνω «φωτογραφικά» χαρακτηριστικά «μήκους 14 & 23 εκατοστών». Περαιτέρω τα συγκεκριμένα ως άνω τεχνικά χαρακτηριστικά δεν προβλέπονται από επίσημες επιστημονικές μελέτες ή σε διεθνή και εθνικά πρότυπα των προϊόντων αυτών και δεν επιβάλλονται από το σκοπό για τον οποίο αυτά προορίζονται, πολύ δε περισσότερο δεν υπάρχει στη διακήρυξη οποιαδήποτε ειδική αιτιολογία για την αναγκαιότητα ύπαρξης των ως άνω συγκεκριμένων τεχνικών χαρακτηριστικών στα υπό προμήθεια είδη, τα οποία (τεχνικά χαρακτηριστικά) δεν αποτελούν πλεονέκτημα κατά την χειρουργική επέμβαση. Αντιθέτως η εταιρία μας διαθέτει και δύναται να προσφέρει αντίστοιχης τεχνολογίας ψαλίδι υπερήχων για ανοιχτές και λαπαροσκοπικές επεμβάσεις. Για τον λόγο αυτό και προκειμένου να διασφαλισθούν οι αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της ευρύτητας συμμετοχής στο διαγωνισμό προς όφελος και του δημοσίου συμφέροντος ζητούμε την επαναδιατύπωση της συγκεκριμένης προδιαγραφής ως εξής: «Αιμοστατικό ψαλίδι υπερήχων για ανοιχτές ή λαπαροσκοπικές επεμβάσεις, μήκους περίπου 10 ± 4 εκατοστών και μήκους περίπου 20 ± 4 εκατοστών, με δυνατότητα απολίνωσης αγγείων διαμέτρου έως και τουλάχιστον 5mm με δυνατότητα ενεργοποίησης από το χέρι, χωρίς την ανάγκη χρήσης προσαρμογέα. Με κυρτή λεπίδα τιτανίου μήκους περίπου 16mm και τεχνολογία αντίληψης ιστού.»

2. Στο παράρτημα «ΛΑΠΑΡΟΣΚΟΠΙΚΑ-ΕΝΔΟΣΚΟΠΙΚΑ» και συγκεκριμένα στο είδος με αύξοντα αριθμό Α/Α 128, ζητείται «Εργαλείο Υπερήχων μ.χ. για αιμόσταση – διατομή αγγείων έως και 5χιλ, για χρήση σε ανοικτές ή λαπαροσκοπικές χειρουργικές επεμβάσεις, με τεχνολογία προσαρμοζόμενης ενέργειας στον ιστό, παρέχοντας έτσι στη γεννήτρια τη δυνατότητα να διαμορφώνει την παροχή ισχύος, μήκους στυλεού 36εκ, διαμέτρου 5χιλ, δυνατότητα περιστροφής 360μοιρών (χωρίς την ανάγκη χρήσης προσαρμογέα). Να διαθέτει λεπίδα τιτανίου, κυρτού άκρου η οποία πάλλεται με επιμήκη κίνηση, σε συχνότητα 55,5 KHz και ηχητική επιβεβαίωση κατά την μεταβολή της προσαρμοζόμενης ενέργειας» Ο συνδυασμός των ζητούμενων τεχνικών χαρακτηριστικών, ήτοι, «με τεχνολογία προσαρμοζόμενης ενέργειας στον ιστό, παρέχοντας έτσι στη γεννήτρια τη δυνατότητα να διαμορφώνει την παροχή ισχύος -μήκους στυλεού 36εκ - σε συχνότητα 55,5 KHz - και ηχητική επιβεβαίωση κατά την μεταβολή της προσαρμοζόμενης ενέργειας » «φωτογραφίζουν» το προϊόντης κατασκευάστριας εταιρείαςαποκλείοντας ουσιαστικά από τον διαγωνισμό όλες τις υπόλοιπες εταιρείες του χώρου, μεταξύ των οποίων και την εταιρεία μας, οι οποίες προσφέρουν Αιμοστατικό ψαλίδι υπερήχων για ανοιχτές ή λαπαροσκοπικές επεμβάσεις και δεν διαθέτουν τα παραπάνω «φωτογραφικά» χαρακτηριστικά «με τεχνολογία προσαρμοζόμενης ενέργειας στον ιστό, παρέχοντας έτσι στη γεννήτρια τη δυνατότητα να διαμορφώνει την παροχή ισχύος -μήκους στυλεού 36εκ, - σε συχνότητα 55,5 KHz - και ηχητική επιβεβαίωση κατά την μεταβολή της προσαρμοζόμενης ενέργειας». Περαιτέρω τα συγκεκριμένα ως άνω τεχνικά χαρακτηριστικά δεν προβλέπονται από επίσημες επιστημονικές μελέτες ή σε διεθνή και εθνικά πρότυπα των προϊόντων αυτών και δεν επιβάλλονται από το σκοπό για τον οποίο αυτά προορίζονται, πολύ δε περισσότερο δεν υπάρχει στη διακήρυξη οποιαδήποτε ειδική αιτιολογία για την αναγκαιότητα ύπαρξης των ως άνω συγκεκριμένων τεχνικών χαρακτηριστικών στα υπό προμήθεια είδη, τα οποία (τεχνικά χαρακτηριστικά) δεν αποτελούν πλεονέκτημα κατά την χειρουργική επέμβαση. Αντιθέτως η εταιρεία μας διαθέτει και δύναται να προσφέρει αντίστοιχης τεχνολογίας ψαλίδι υπερήχων για ανοιχτές και

λαπαροσκοπικές επεμβάσεις. Για τον λόγο αυτό και προκειμένου να διασφαλισθούν οι αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της ευρύτητας συμμετοχής στο διαγωνισμό προς όφελος και του δημοσίου συμφέροντος ζητούμε την επαναδιατύπωση της συγκεκριμένης προδιαγραφής ως εξής: «Εργαλείο Υπερήχων μ.χ. για αιμόσταση – διατομή αγγείων έως και τουλάχιστον 5χιλ, για χρήση σε ανοικτές ή λαπαροσκοπικές χειρουργικές επεμβάσεις, με τεχνολογία προσαρμοζόμενης ενέργειας στον ιστό, παρέχοντας έτσι στη γεννήτρια τη δυνατότητα να διαμορφώνει την παροχή ισχύος, μήκους στυλεού 36 ± 1 εκατοστά διαμέτρου 5χιλ, δυνατότητα περιστροφής 360μοιρών με ή χωρίς την χρήση προσαρμογέα Να διαθέτει λεπίδα τιτανίου μήκους περίπου 16mm κυρτού άκρου η οποία πάλλεται με επιμήκη κίνηση, σε συχνότητα 47 - 55,5 KHz με ηχητική επιβεβαίωση κατά την μεταβολή της ενέργειας»

3. Στο παράρτημα «ΛΑΠΑΡΟΣΚΟΠΙΚΑ-ΕΝΔΟΣΚΟΠΙΚΑ» και συγκεκριμένα στο είδος με αύξοντα αριθμό A/A 130, ζητείται «Λαβίδα ηλεκτροθερμικής συγκόλλησης και απολίνωσης αγγείων και λεμφαγγείων έως και 7mm (πιστοποιημένη) τύπου Maryland. Με δυνατότητα αιμόστασης με αυτόματη ολοκλήρωση του κύκλου απολίνωσης σε 2-4sec, και μηχανικής κοπής με ξεχωριστή σκανδάλη κι όχι ταυτόχρονη. Να διαθέτει πιστολοειδή λαβή, νέας τεχνολογίας, και διαμέτρου 5 mm, με δυνατότητα ενεργοποίησης από τη χειρολαβή ή τον ποδοδιακόπτη, με ηλεκτρόδιο μήκους 20mm» Ο συνδυασμός των ζητούμενων τεχνικών χαρακτηριστικών, ήτοι, «τύπου Maryland, μηχανικής κοπής με ξεχωριστή σκανδάλη, σε 2-4sec» «φωτογραφίζουν» το προϊόν της κατασκευάστριας εταιρείας..., η οποία αντιπροσωπεύεται στην Ελλάδα από την εταιρεία, αποκλείοντας ουσιαστικά από το διαγωνισμό όλες τις υπόλοιπες εταιρείες του χώρου, μεταξύ των οποίων και την εταιρεία μας, οι οποίες προσφέρουν Λαβίδα ηλεκτροθερμικής συγκόλλησης και απολίνωσης αγγείων και λεμφαγγείων έως και 7 mm, και δε φέρουν τα παραπάνω «φωτογραφικά» χαρακτηριστικά, «τύπου Maryland, μηχανικής κοπής με ξεχωριστή σκανδάλη, σε 2-4sec». Περαιτέρω τα συγκεκριμένα ως άνω τεχνικά χαρακτηριστικά δεν προβλέπονται από επίσημες επιστημονικές μελέτες ή σε διεθνή και εθνικά πρότυπα των προϊόντων αυτών και δεν επιβάλλονται από το

σκοπό για τον οποίο αυτά προορίζονται, πολύ δε περισσότερο δεν υπάρχει στη διακήρυξη οποιαδήποτε ειδική αιτιολογία για την αναγκαιότητα ύπαρξης των ως άνω συγκεκριμένων τεχνικών χαρακτηριστικών στα υπό προμήθεια είδη, τα οποία (τεχνικά χαρακτηριστικά) δεν αποτελούν πλεονέκτημα κατά την χειρουργική επέμβαση. Αντιθέτως η εταιρεία μας διαθέτει και δύναται να προσφέρει αντίστοιχης τεχνολογίας Λαβίδα ηλεκτροθερμικής συγκόλλησης και διατομής αγγείων διαμέτρου έως και 7χιλ. Για τον λόγο αυτό και προκειμένου να διασφαλισθούν οι αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της ευρύτητας συμμετοχής στο διαγωνισμό προς όφελος και του δημοσίου συμφέροντος ζητούμε την επαναδιατύπωση της συγκεκριμένης προδιαγραφής ως εξής: «Λαβίδα ηλεκτροθερμικής συγκόλλησης και απολίνωσης αγγείων και λεμφαγγείων έως και 7 με δυνατότητα αιμόστασης με αυτόματη ολοκλήρωση του κύκλου απολίνωση, μηχανικής κοπής ή κοπή με τεχνολογία υπερήχων. Να διαθέτει πιστολοειδή λαβή, διαμέτρου 5 mm, με δυνατότητα ενεργοποίησης από τη χειρολαβή ή τον ποδοδιακόπτη, με ηλεκτρόδιο μήκους 16-20mm» Από όλα τα προαναφερθέντα αποδεικνύεται ότι όλοι οι προσβαλλόμενοι όροι των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης είναι παράνομοι και πρέπει να ανακληθούν, άλλως τροποποιηθούν, καθόσον «φωτογραφίζουν» τα προϊόντα της προαναφερόμενης κατασκευάστριας εταιρείας χωρίς οποιαδήποτε ειδική αιτιολογία για την αναγκαιότητα ύπαρξης των ως άνω συγκεκριμένων τεχνικών χαρακτηριστικών των υπό προμήθεια ειδών και με αυτούς μετατρέπεται ουσιαστικά η διαδικασία του Δημόσιου Ανοικτού διαγωνισμού με κριτήριο κατακύρωσης την χαμηλότερη τιμή σε απευθείας ανάθεση των παραπάνω ειδών και περαιτέρω αποκλείεται μη νομίμως η συμμετοχή της εταιρίας μας στον υπό κρίση διαγωνισμό. Ας σημειωθεί ότι με την υπ'αρ. 710-711/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ εκδοθείσα επί προσφυγής που είχε ασκήσει η εταιρεία μας κατά όρων τεχνικών προδιαγραφών που θέσπιζαν τεχνικές προδιαγραφές επιπλέον των προβλεπομένων από τα ισχύοντα ευρωπαϊκά πρότυπα, όπως συμβαίνει και στην υπό κρίση διακήρυξη, κρίθηκε ότι είναι παράνομοι και ακυρωτέοι όροι των τεχνικών προδιαγραφών διακήρυξης «κατά το μέρος που αυτοί αποκλείουν προϊόντα με σήμανση CE που δεν διαθέτουν τα προαναφερόμενα πρόσθετα

τεχνικά χαρακτηριστικά» και ότι «η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί κατά το ενωσιακό δίκαιο να περιορίζει ή να αποκλείει, κατ' αρχήν, την κυκλοφορία ιατροτεχνολογικών προϊόντων που διαθέτουν την πιστοποίηση CE, θέτοντας τεχνικές προδιαγραφές πέραν αυτών που περιλαμβάνουν τα ευρωπαϊκά πρότυπα χωρίς την τήρηση συγκεκριμένης διαδικασίας ή όταν το κριτήριο κατακύρωσης του διαγωνισμού είναι η χαμηλότερη τιμή, και τούτο, ανεξαρτήτως του αν οι εν λόγω προδιαγραφές φωτογραφίζουν συγκεκριμένα προϊόντα ενός κατασκευαστικού οίκου ή επιτρέπουν τη συμμετοχή σε διαγωνισμούς περισσότερων του ενός».

11. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της επικαλείται αυτολεξεί ότι: «1. Σχετικά με το παράρτημα «ΛΑΠΑΡΟΣΚΟΠΙΚΑ-ΕΝΔΟΣΚΟΠΙΚΑ» και συγκεκριμένα στο είδος με αύξοντα αριθμό Α/Α 127, ζητείται «Αιμοστατικό ψαλίδι υπερήχων για ανοιχτές ή λαπαροσκοπικές επεμβάσεις, μήκους 14 & 23 εκατοστών, με δυνατότητα απολίνωσης αγγείων διαμέτρου έως 5mm με δυνατότητα ενεργοποίησης από το χέρι, χωρίς την ανάγκη χρήσης προσαρμογέα. Με κυρτή λεπίδα τιτανίου. Προαιρετικά να διαθέτει τεχνολογία αντίληψης ιστού». Για να ευνοηθεί ο υγιής ανταγωνισμός πάρα την ύπαρξη και άλλων εταιριών με τα προαναφερόμενα μήκη πχ

και απαντώντας στην προσφυγή της εταιρείαςνα τροποποιηθούν ως εξής:

Α/Α 127 : «Αιμοστατικό ψαλίδι υπερήχων για ανοιχτές ή λαπαροσκοπικές επεμβάσεις, μήκους 14, 20 & 23 εκατοστών, με δυνατότητα απολίνωσης αγγείων διαμέτρου έως 5mm με δυνατότητα ενεργοποίησης από το χέρι, χωρίς την ανάγκη χρήσης προσαρμογέα. Με κυρτή λεπίδα τιτανίου μήκους 14- 16mm. Προαιρετικά να διαθέτει τεχνολογία αντίληψης ιστού» όπου τα εργαλεία που προδιαγράφηκαν πρέπει να συνοδεύονται με το συνοδό εξοπλισμό γεννήτριας.

2. Σχετικά με το παράρτημα «ΛΑΠΑΡΟΣΚΟΠΙΚΑ-ΕΝΔΟΣΚΟΠΙΚΑ» και συγκεκριμένα στο είδος με αύξοντα αριθμό Α/Α 128, ζητείται «Εργαλείο Υπερήχων μ.χ. για αιμόσταση - διατομή αγγείων έως και 5χιλ, για χρήση σε ανοικτές ή λαπαροσκοπικές χειρουργικές επεμβάσεις, με τεχνολογία προσαρμοζόμενης ενέργειας στον ιστό, παρέχοντας έτσι στη γεννήτρια τη

δυνατότητα να διαμορφώνει την παροχή ισχύος, μήκους στυλεού 36εκ, διαμέτρου 5χιλ, δυνατότητα περιστροφής 360 μοιρών (χωρίς την ανάγκη χρήσης προσαρμογέα). Να διαθέτει λεπίδα τιτανίου, κυρτού άκρου η οποία πάλλεται με επιμήκη κίνηση, σε συχνότητα 55,5 Khz και ηχητική επιβεβαίωση κατά την μεταβολή της προσαρμοζόμενης ενέργειας»

Για να ευνοηθεί ο υγιής ανταγωνισμός πάρα την ύπαρξη και άλλων εταιριών με τα προαναφερόμενα μήκη πχ

.....και απαντώντας στην προσφυγή της εταιρείαςνα τροποποιηθούν ως εξής:

«Εργαλείο Υπερήχων μ.χ. για αιμόσταση - διατομή αγγείων έως και τουλάχιστον 5χιλ, για χρήση σε ανοικτές ή λαπαροσκοπικές χειρουργικές επεμβάσεις, με τεχνολογία προσαρμοζόμενης ενέργειας στον ιστό, παρέχοντας έτσι στη γεννήτρια τη δυνατότητα να διαμορφώνει την παροχή ισχύος, μήκους στυλεού 36 ± 1 εκατοστά διαμέτρου 5χιλ, δυνατότητα περιστροφής 360μοιρών χωρίς την χρήση προσαρμογέα Να διαθέτει λεπίδα τιτανίου κυρτού άκρου η οποία πάλλεται με επιμήκη κίνηση, σε συχνότητα α : 47 Khz ή β : 55,5 Khz με ηχητική επιβεβαίωση κατά την μεταβολή της ενέργειας» όπου τα εργαλεία που προδιαγράφηκαν πρέπει να συνοδεύονται με το συνοδό εξοπλισμό γεννήτριας.

3. Σχετικά με το παράρτημα «ΛΑΠΑΡΟΣΚΟΠΙΚΑ-ΕΝΔΟΣΚΟΠΙΚΑ» και συγκεκριμένα στο είδος με αύξοντα αριθμό A/A 130, ζητείται «Λαβίδα ηλεκτροθερμικής συγκόλλησης και απολίνωσης αγγείων και λεμφαγγείων έως και 7mm (πιστοποιημένη) τύπου Maryland. Με δυνατότητα αιμόστασης με αυτόματη ολοκλήρωση του κύκλου απολίνωσης σε 2- 4sec, και μηχανικής κοπής με ξεχωριστή σκανδάλη κι όχι ταυτόχρονη. Να διαθέτει πιστολοειδή λαβή, νέας τεχνολογίας και διαμέτρου 5 mm, με δυνατότητα ενεργοποίησης από τη χειρολαβή ή τον ποδοδιακόπτη, με ηλεκτρόδιο μήκους 20mm»

3α. Η προσφεύγουσα εταιρεία αναφέρεται στον τεχνικό όρο τύπου Maryland που είναι καθιερωμένος τεχνικός όρος στη χειρουργική και αναφέρεται στο ότι ένα εργαλείο πρέπει να είναι αρκούντως κυρτό και να έχει δυνατότητες διαχωρισμού και συγκράτησης ιστών.

3β. Η εταιρείαενίσταται στον τεχνικό όρο «μηχανικής κοπής με ξεχωριστή

σκανδάλη» και ζητά να απαλειφθεί από τις τεχνικές περιγραφές. Το χαρακτηριστικό αυτό προσφέρει στον χρήστη - χειρουργό τη δυνατότητα επιλογής κοπής ή όχι με χρήση μόνο της κοπτικής λάμας χωρίς τη χρήση ενέργειας και άρα την ελαχιστοποίηση της θερμικής διασποράς σε παρακείμενους ιστούς.

3γ. Τέλος όσο αφορά τη δυνατότητα αιμόστασης με αυτόματη ολοκλήρωση του κύκλου απολίνωσης σε 2-4sec αναφέρεται στην ενέργεια που δίνουμε στον ιστό και στην ταχύτητα απολίνωσης των αγγείων.

Τέλος, αντίθετα με όσα αναφέρει η ενιστάμενη εταιρία δεν αποκλείουμε καμιά εταιρία αλλά περιγράφουμε εργαλεία για συγκεκριμένη χρήση και ειδικότερα δεν αποκλείουμε προϊόντα με σήμανση CE που δεν διαθέτουν τα προαναφερόμενα πρόσθετα τεχνικά χαρακτηριστικά αλλά ζητάμε εργαλεία για συγκεκριμένη χρήση. Γνωρίζουμε ότι αυτό που διαθέτει η προσφεύγουσα εταιρεία είναι τεχνολογίας διπολικής ενέργειας με επιπλέον προσαρμοζόμενη τεχνολογία υπερήχων για την κοπή, γεγονός που από μόνο του καθιστά τα εργαλεία της διαφορετικά ως προς την τεχνολογία και τον τρόπο χρήσης.

Το εργαλείο που προδιαγράφηκε πρέπει να συνοδεύεται με το συνοδό εξοπλισμό γεννήτριας.

Το προαναφερόμενο εργαλείο της εταιρείας ...θα ήταν ευκατίο να τοποθετηθεί σε άλλο κωδικό γιατί πρόκειται για ένα εξαιρετικό και σύγχρονο εργαλείο αλλά με άλλο τρόπο χρήσης».

12. Επειδή, η παρ. 1 του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «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 ...».

13. Επειδή, στο άρθρο 54 του Ν.4412/2016, ορίζεται ότι: «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές [...] 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 [...].».

14. Επειδή, στο άρθρο 19 παρ. 3 του Ν.2889/2001 ορίζεται ότι: «3. Αρμόδια αρχή για θέματα ιατροτεχνολογικών προϊόντων, κατά την έννοια των σχετικών οδηγιών της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ορίζεται ο Εθνικός Οργανισμός Φαρμάκων (Ε.Ο.Φ.). Η διάταξη της περίπτωσης 3 του στοιχείου δ` της παραγράφου 2 του άρθρου 33 του π.δ. 95/2000 "οργανισμός του Υπουργείου Υγείας και Πρόνοιας" (ΦΕΚ 76 Α`) καταργείται».

15. Επειδή, σύμφωνα με τους οικείους όρους του Διαγωνισμού, ορίζεται ότι: [...]2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα

Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς πρέπει να διαθέτουν τα πιστοποιητικά με α.α 2,3 και 4 του άρθρου 2.4.3.2 «ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» της παρούσας Δ/ξης.

2.4.3.2 Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο "Απαιτήσεις-Τεχνικές Προδιαγραφές" του Παραρτήματος II της Διακήρυξης περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω

Παράρτημα. Στον φάκελο της ηλεκτρονικής Τεχνικής Προσφοράς θα πρέπει να περιλαμβάνονται επίσης και τα εξής:...

2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών

Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά:

α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), 2.4.4. (Περιεχόμενο φακέλου οικονομικής προσφοράς, τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών) , 2.4.5. (Χρόνος ισχύος προσφορών), 3.1. (Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών), 3.2 (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης) της παρούσας....

ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙ

α/α 127. Αιμοστατικό ψαλίδι υπερήχων για ανοιχτές ή λαπαροσκοπικές επεμβάσεις, μήκους 14 & 23 εκατοστών, με δυνατότητα απολίνωσης αγγείων διαμέτρου έως 5mm με δυνατότητα ενεργοποίησης από το χέρι, χωρίς την ανάγκη χρήσης προσαρμογέα. Με κυρτή λεπίδα τιτανίου. Προαιρετικά να διαθέτει τεχνολογία αντίληψης ιστού.

α/α 128.Εργαλείο Υπερήχων μ.χ. για αιμόσταση – διατομή αγγείων έως και 5χιλ, για χρήση σε ανοιχτές ή λαπαροσκοπικές χειρουργικές επεμβάσεις, με τεχνολογία προσαρμοζόμενης ενέργειας στον ιστό, παρέχοντας έτσι στη γεννήτρια τη δυνατότητα να διαμορφώνει την παροχή ισχύος, μήκους στυλεού 36εκ, διαμέτρου 5χιλ, δυνατότητα περιστροφής 360μοιρών (χωρίς την ανάγκη χρήσης προσαρμογέα). Να διαθέτει λεπίδα τιτανίου, κυρτού άκρου η οποία πάλλεται με επιμήκη κίνηση, σε συχνότητα 55,5 KHz και ηχητική επιβεβαίωση κατά την μεταβολή της προσαρμοζόμενης ενέργειας

α/α130 Λαβίδα ηλεκτροθερμικής συγκόλλησης και απολίνωσης αγγείων και λεμφαγγείων έως και 7 mm (πιστοποιημένη) τυπου Maryland. Με δυνατότητα αιμόστασης με αυτόματη ολοκλήρωση του κύκλου απολίνωσης σε 2-4sec, και μηχανικής κοπής με ξεχωριστή σκανδάλη κι όχι ταυτόχρονη. Να διαθέτει

πιστολοειδή λαβή, νέας τεχνολογίας, και διαμέτρου 5 mm, με δυνατότητα ενεργοποίησης από τη χειρολαβή ή τον ποδοδιακόπτη, με ηλεκτρόδιο μήκους 20mm».

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

17. Επειδή, όπως αναφέρεται ρητώς στο άρθρο 18 του ν. 4412/2016 και παγίως έχει κριθεί από τη νομολογία (ε.α ΣΤΕ Β' Τμήμα 1135/2010), οι όροι διακήρυξης διαγωνισμού για την ανάθεση σύμβασης δημόσιας προμήθειας πρέπει να μην παραβιάζουν τις θεμελιώδεις αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των επιχειρηματιών (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, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

18. 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), πολλώ δε μάλλον καθόσον πρόκειται για διεθνή διαγωνισμό με διευρυμένες υποχρεώσεις δημοσιότητας.

19. Επειδή, με την υπ' αριθμ. 3/2016 Ειδική Έκθεση της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.), η οποία αφορά, μεταξύ άλλων, την ορθή εφαρμογή των διατάξεων της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ, κυρίως σε σχέση με την αναφορά στις τεχνικές προδιαγραφές των ελεγχόμενων διαγωνισμών «ειδικών» ή πρόσθετων απαιτήσεων για τα υπό προμήθεια ιατροτεχνολογικά προϊόντα και μηχανήματα, προέκυψε ότι σχετικά με τη διαδικασία σύνταξης τεχνικών προδιαγραφών σε διαγωνισμούς προμήθειας ιατροτεχνολογικών προϊόντων και μηχανημάτων, ελλείπει εγκεκριμένων πρότυπων τεχνικών προδιαγραφών, η ευθύνη εκπόνησης των τεχνικών

προδιαγραφών για τους επίμαχους διαγωνισμούς ανήκει στις συγκεκριμένες κάθε φορά επιτροπές σύνταξης τεχνικών προδιαγραφών, οι οποίες επιχειρώντας να καθορίσουν τα είδη και τις προδιαγραφές για την κάλυψη των ειδικότερων αναγκών κάθε νοσοκομείου (αναθέτουσας αρχής), βασίζονται εν πολλοίς στις κατά περίπτωση εξειδικευμένες απαιτήσεις τους. Με τον τρόπο αυτό, καταλείπεται στις επιτροπές αυτές ευρεία διακριτική ευχέρεια για τη διαμόρφωση των τεχνικών προδιαγραφών, με αποτέλεσμα πολλές φορές να συμπεριλαμβάνονται σε αυτές και πρόσθετες ή ειδικές προδιαγραφές που βαίνουν πέραν των προτύπων ή της φαρμακοποιίας. Συγκεκριμένα, η έλλειψη ενιαίων πρότυπων τεχνικών προδιαγραφών, δεν καθιστά δυνατό εν τοις πράγμασι τον έλεγχο συμμόρφωσης των τεχνικών προδιαγραφών με τις διατάξεις της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ και την ουσιαστική έγκριση αυτών. Και καταλήγει επί λέξει: «Κατόπιν των ανωτέρω, καθίσταται σαφές ότι, ελλείπει εγκεκριμένων ενιαίων τεχνικών προδιαγραφών, οι αναθέτουσες αρχές στο πλαίσιο διενέργειας διαγωνιστικών διαδικασιών για την προμήθεια ιατροτεχνολογικών προϊόντων και μηχανημάτων, θα πρέπει να επιδεικνύουν τη δέουσα επιμέλεια τόσο κατά το στάδιο σύνταξης των τεχνικών προδιαγραφών όσο και κατά το στάδιο αξιολόγησης των υποβληθεισών προσφορών για την ορθή εφαρμογή των διατάξεων της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ».

20. Επειδή, στο άρθρο 366 του Ν.4412/2016 και στο άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι : «1. Η ΑΕΠΠ, μπορεί, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως, όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση της απόφασής της.

2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας

σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή.

3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μην χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης παραγράφου αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δεν θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

21. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού: «Δίδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας». Επομένως, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των – κατ'ελάχιστον - αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

22. Επειδή, προϋπόθεση της παροχής προσωρινών μέτρων υπέρ του αιτούντος είναι: α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του- και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη – ως και προδήλως απαράδεκτη – προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων

μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη (άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 και 366 του Ν. 4412/2017).

23. Επειδή, οι προβαλλόμενοι λόγοι του προσφεύγοντος περί παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ενωσιακού και εθνικού, που ισχυρίζεται ότι συντελέσθη με την προσβαλλομένη και τους τιθέμενους όρους της διακήρυξης αυτής, χρήζουν ενδελεχούς έρευνας, ιδία δε λόγω και του τεχνικού χαρακτήρα τους που δεν μπορεί να συναχθεί με βεβαιότητα στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015), αλλά απαιτείται η λεπτομερής επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού, των προβαλλόμενων ισχυρισμών αλλά και των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, προκειμένου το παρόν Κλιμάκιο να αχθεί σε σχετική οριστική κρίση.

24. Επειδή, στην εξεταζόμενη περίπτωση προκύπτουν τα εξής: α) η υπό εξέταση Προσφυγή έχει ασκηθεί κατ' αρχήν παραδεκτώως, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού του αιτήματος αναστολής του διαγωνισμού θεμελιώνει το έννομο συμφέρον του, γ) οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί δεν πιθανολογούνται ως προδήλως αβάσιμοι και δ) δεν υφίσταται επίκληση ζημίας ως προς την *ad hoc* προξενούμενη βλάβη των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, δηλ. σε σχέση περιοριστικώς με την χορήγηση προσωρινών μέτρων. Σε κάθε περίπτωση, από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, λαμβάνοντας υπόψη ότι σημαντική πτυχή της εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος είναι και η εξασφάλιση της νομιμότητας της διαδικασίας ανάθεσης, δεν προκύπτει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

25. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, το πλέον πρόσφορο, αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων της προσφεύγουσας, μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, για τα αμφισβητούμενα τμήματα, η οποία (αναστολή) δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία πλην εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής διάρκεια και πάντως εντός της αποκλειστικής προθεσμίας του άρθρου 367 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαγωνιστική διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της Αναθέτουσας Αρχής για ταχεία πρόοδο και ολοκλήρωση αυτής.

26. Επειδή, γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

27. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω το υπό εξέταση αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής του προσφεύγοντος.

Διατάσσει την αναστολή της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας κατά το σκεπτικό, μέχρι την έκδοση Απόφασης της ΑΕΠΠ επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 22.10.2018 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

ΧΡΥΣΑΝΘΗ ΧΑΡΑΛΑΜΠΟΠΟΥΛΟΥ

ΔΗΜΗΤΡΙΟΣ ΑΣΗΜΑΚΟΠΟΥΛΟΣ