

ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΑΠΟΦΑΣΗ ΥΠ' ΑΡΙΘΜ. Α6/2017
ΕΠΙ ΤΟΥ ΑΙΤΗΜΑΤΟΣ ΑΝΑΣΤΟΛΗΣ-ΟΡΙΣΜΟΥ ΠΡΟΣΩΡΙΝΩΝ ΜΕΤΡΩΝ

Το 3^ο Κλιμάκιο της Α.Ε.Π.Π.

αποτελούμενο από τον Προεδρεύοντα, Μιχαήλ Οικονόμου και τα μέλη, Μιχαήλ Σειραδάκη ως Εισηγητή και Εμμανουέλα Σωτηρόπουλου, διασκέφτηκε κατά την ημερομηνία εξέτασης του ως άνω αιτήματος αναστολής, στις 10.10.2017, και ώρα 12.00 π.μ. στην έδρα της Α.Ε.Π.Π., Λεωφόρος Θηβών 198, Αγ. Ιωάννης Ρέντη, Κτίριο Κεράνη, 5ος όροφος, προκειμένου να εξετάσει το αίτημα αναστολής επί της με Γεν. Αριθ. Κατ. 115/29.09.2017 και Ειδ. Αριθ. Κατ. ΙΙΙ/20/29.09.2017 Προδικαστικής Προσφυγής της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....» που εδρεύει στο Εθνικής Οδού Αθηνών-Λαμίας στο Κρυονέρι Αττικής, όπως νόμιμα εκπροσωπείται,

κατά της Διακήρυξης του Δημόσιου Ανοιχτού Διεθνούς Διαγωνισμού που προκήρυξε το Γενικό Νοσοκομείο Κομοτηνής «Σισμανόγλειο» ως Αναθέτουσα Αρχή, με αριθμό Διακήρυξης 16/2017 και Αριθμό Συστήματος Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ....., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής, για την προμήθεια ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού του Γενικού Νοσοκομείου Κομοτηνής «Σισμανόγλειο» (CPV 33152000-0, 33181400-6, 33192130-2, 33181400-6, 42512300-1, 33192230-3, 33111000-1, 33195000-3, 33122000-1, 33162200-5, 33172200-8, 33194110-0, 33161000-6, 31524110-9, 33182100-0, 33194110-0, 33111650-2) διάρκειας ενενήντα (90) ημερών, προϋπολογισμού ενός εκατομμυρίου τετρακοσίων ενενήντα επτά χιλιάδων ευρώ και (1.497.000,00 €), συμπεριλαμβανομένου 24% Φ.Π.Α.

Με το αίτημα αναστολής, η προσφεύγουσα εταιρεία επιδιώκει να ανασταλεί η πρόοδος της διαδικασίας του Δημόσιου Ανοιχτού Διεθνούς Διαγωνισμού της υπ' αριθμ. 16/2017 Διακήρυξης και Αριθμό Συστήματος Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ....., για την προμήθεια ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού.

Αφού άκουσε τον Εισηγητή και μελέτησε τα σχετικά έγγραφα.

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο:

1. Επειδή η προσφεύγουσα εταιρεία στρέφεται κατά της με αριθμό Διακήρυξης 16/2017 και επικαλείται στην υπό κρίση προσφυγή της, η οποία στρέφεται μόνο κατά του τμήματος της διακήρυξης που αφορά το μηχάνημα τεχνητού νεφρού Αιμοδιήθησης – Αιμοδιαδιήθησης και on-line μεθόδων (τεμ. 30) με CPV 33181400-6, ποσού πεντακοσίων πενήντα πέντε χιλιάδων ευρώ (555.000,00 €), συμπεριλαμβανομένου 24% Φ.Π.Α. ότι στο κείμενο της Διακήρυξης του διαγωνισμού δεν έχουν τηρηθεί οι τεχνικές προδιαγραφές ποιότητας μηχανημάτων τεχνητού νεφρού αιμοδιήθησης–αιμοδιαδιήθησης και online μεθόδων, οι οποίες περιέχονται στη σχετική λίστα του Εθνικό Κέντρο Αξιολόγησης της Ποιότητας & Τεχνολογίας στην Υγεία (Ε.Κ.Α.Π.Τ.Υ.) με αριθμό 22 παρ. β της Β΄ έκδοσης των προδιαγραφών και με αριθμό 5 παρ. β της Α΄ έκδοσης.
2. Επειδή η προσφεύγουσα αιτείται να γίνει δεκτή η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη με αριθμό 16/2017 διακήρυξη ως προς το τμήμα της διακήρυξης που αφορά το μηχάνημα τεχνητού νεφρού Αιμοδιήθησης – Αιμοδιαδιήθησης και on-line μεθόδων (τεμ. 30) με CPV 33181400-6, ποσού πεντακοσίων πενήντα πέντε χιλιάδων ευρώ (555.000,00 €), συμπεριλαμβανομένου 24% Φ.Π.Α.
3. Επειδή μετά ταύτα, η προσφεύγουσα εταιρεία αιτείται να ανασταλεί η πρόοδος της διαδικασίας του με αριθμό Δημόσιου Ανοιχτού Διεθνούς Διαγωνισμού της υπ΄ αριθμ. 16/2017 Διακήρυξης και Αριθμό Συστήματος Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ., για την προμήθεια ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού κατά την έννοια του άρθρου 366 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 15 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, μέχρι την έκδοση απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής.
4. Επειδή η προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.
5. Επειδή έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου 166412565957 1127 0072, όπως εξοφλήθηκε δυνάμει του από 26.09.2017 αποδεικτικού εξόφλησης της Τράπεζας Πειραιώς), ποσού δύο χιλιάδων διακοσίων τριάντα επτά ευρώ και ενενήντα ενός λεπτών (2.237,91 €), όπως προκύπτει και από την με αριθμό πρωτοκόλλου 331/27.09.2017 Βεβαίωση Ελέγχου και Δέσμευσης Ηλεκτρονικού Παραβόλου της Α.Ε.Π.Π.

6. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει συνολικού ποσού της Διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.
7. 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.
8. Επειδή η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016.

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

9. Επειδή, στην κρινόμενη προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρεία, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους της και συνεπακόλουθα θεμελιώνει βάσιμα το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της υπ' αριθμ. 16/2017 Διακήρυξης της Αναθέτουσας Αρχής.
10. Επειδή σχετικά με τους προβαλλόμενους λόγους προσφυγής, η προσφεύγουσα εταιρεία επικαλείται ότι στη διακήρυξη του διαγωνισμού εσφαλμένα δεν περιλήφθηκε ο όρος 22β των ισχυουσών προδιαγραφών του Εθνικού Κέντρου Αξιολόγησης της Ποιότητας & Τεχνολογίας στην Υγεία (Ε.Κ.Α.Π.Τ.Υ.), ο οποίος αναφέρει: «Να δέχεται φύσιγγα σκόνης διττανθρακικών που δεν καλύπτεται από το εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής», με συνέπεια να θεωρούνται παραδεκτές από τεχνικής απόψεως, προσφορές μηχανήματος που δέχονται φύσιγγα που καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής και με τον τρόπο αυτό προκρίνεται αθέμιτα, το μηχάνημα FRESSNIUS 5008, το οποίο διατίθεται από την εταιρεία για τους αναλυτικά εκτιθέμενους λόγους που αναφέρονται στην υπό κρίση προσφυγή. Ομοίως, ότι κακώς έχει παραληφθεί και ο όρος 5β της Α' έκδοσης των τεχνικών προδιαγραφών του Ε.Κ.Α.Π.Τ.Υ., με αποτέλεσμα η παράλειψη αυτή να οδηγεί στο να μην απαιτείται το μηχάνημα νεφρού να χρησιμοποιεί αρτηριοφλεβικές γραμμές που δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο. Ως εκ τούτου, η συνδυασμένη παράλειψη των ανωτέρω δύο τεχνικών προδιαγραφών του Ε.Κ.Α.Π.Τ.Υ. δίνει, κατά την προσφεύγουσα, σαφές προβάδισμα στην προμήθεια συγκεκριμένων μηχανημάτων, των εταιρειών Fresenius και Baxter, γεγονός που δημιουργεί περαιτέρω νόθευση του ελεύθερου ανταγωνισμού και ζημιώνει το δημόσιο συμφέρον λόγω του τρόπου προμήθειας των φίλτρων, καθώς στην τιμή του κάθε

φίλτρου αιμοκάθαρσης περιλαμβάνεται και η αρτηριοφλεβική γραμμή του. Έτι περαιτέρω, κατά την προσφεύγουσα, τα προαναφερθέντα μηχανήματα και οι προαναφερθέντες προμηθευτές τους που χρησιμοποιούν φύσιγγες που καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο (πράγμα που επιτρέπεται συνεπεία της παραλείψεως στην διακήρυξη της παραγράφου 22β και των δύο εκδόσεων Ε.Κ.Α.Π.Τ.Υ.) αποκτούν δεσπόζουσα θέση έναντι των λοιπών μετεχόντων στον υπό κρίση διαγωνισμό, την οποία και καταχρώνται κατά παράβαση των αρχών του ελεύθερου ανταγωνισμού, πρωτευόντως σε αυτή καθ' εαυτή την προμήθεια των μηχανημάτων και περαιτέρω και στα φίλτρα τους, με συνέπεια, να συντελείται παράβαση των διατάξεων των άρθρων 4 και 5 παρ. 1 του ισχύοντος Συντάγματος, 85 – 86 συνθήκης ΕΟΚ, άρθρ. 2 παρ. 2α Ν. 3959/2011, αφού έτσι παρέχεται στις πιο πάνω εταιρείες εξ αντικειμένου η δυνατότητα να προδιαγράψουν όρους επιτυχίας στον διαγωνισμό ευνοϊκότερους για αυτές σε σχέση με τους λοιπούς διαγωνιζομένους, εξαναγκάζοντας έμμεσα και την Αναθέτουσα Αρχή στην αποδοχή των λοιπών όρων συναλλαγής που προτείνουν και μάλιστα για όσο χρόνο θα λειτουργούν τα μηχανήματα (υπολογίζεται δεκαετία), εξοβελίζοντας ταυτόχρονα από την αγορά όλους τους άλλους ενδιαφερόμενους/ανταγωνιστές τους.

11. Επειδή έχει κριθεί ότι η αναθέτουσα αρχή είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας, ως προς τα προς προμήθεια προϊόντα, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, η δε θέσπιση με τη διακήρυξη των προδιαγραφών που κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν των διαγωνιζομένων, των οποίων τα αγαθά δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.). Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από την άποψη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (πρβλ. ΣτΕ 189/2015, ΕΑ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.).

12. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 54 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, το οποίο ενσωμάτωσε στην εθνική έννομη τάξη το άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, θα πρέπει οι τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και επιπλέον να μην θέτουν αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, υπό την έννοια ότι οφείλουν να αποφεύγουν διατάξεις που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, μέσω της ενσωμάτωσης σε αυτής χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου. Εξάλλου είναι αδικαιολόγητος ο περιορισμός του ανταγωνισμού μέσω τεχνικής προδιαγραφής που λειτουργεί ως κριτήριο αποκλεισμού από την ανάθεση, όταν μεταξύ άλλων δεν συνδέεται με το αντικείμενο της σύμβασης (πρβλ. σημ. 46 Προοιμίου Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, βλ. και ΔΕΕ, απόφαση της 17ης Σεπτεμβρίου 2002, C-513/99 *Concordia*, Συλλογή 2002, σ. I-7213, σκέψεις 59 και 65, απόφαση της 4ης Δεκεμβρίου 2003, C-448/01 *Wienstrom*, Συλλογή 2003, σ. I4527, σκέψη 34) ή παραβιάζει αρχές του ενωσιακού δικαίου, όπως της ίσης μεταχείρισης (ΔΕΕ, απόφαση της 12ης Μαρτίου 2015, C-538/13 *eVigilo*, Ηλεκτρ. Συλλογή ECLI:EU:C:2015:166, σκέψη 33, απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, C-496/99 *P*, Επιτροπή κατά *CAS Succhi di Frutta*, Συλλογή 2004, σ. I-3801, σκέψη 110, απόφαση 6ης Νοεμβρίου 2014, C-42/13 *Cartiera dell'Adda*, Ηλεκτρ. Συλλογή EU:C:2014:2345, σκέψη 44, απόφαση της 10ης Μαΐου 2012, C-368/10 Επιτροπή κατά Βασιλείου Κάτω Χωρών, Ηλεκτρ. Συλλογή ECLI:EU:C:2012:284, σκέψη 87 και Προτάσεις Γεν. Εισαγγελέως Kokkot στην ίδια υπόθεση, σημ. 104).
13. Επειδή, όπως αναλυτικά εκθέτει στην με αριθμό πρωτοκόλλου 13219/04.10.2017 έκθεση απόψεών της η αναθέτουσα, η οποία κοινοποιήθηκε στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν, σύμφωνα με τα με αριθμό πρωτοκόλλου 5519/15.11.2016 και 5609/23.11.2016 έγγραφα της Επιτροπής Προμηθειών Υγείας (Ε.Π.Υ.) ορίζεται ότι: «...Κατά συνέπεια κάθε αναθέτουσα αρχή πλέον έχει την αρμοδιότητα και ευθύνη της έγκρισης των τεχνικών προδιαγραφών των προμηθειών που αυτή διενεργεί για λογαριασμό της» και «...από τη θέση σε ισχύ του Ν. 4412/2016 και εντεύθεν οι τεχνικές προδιαγραφές κάθε αναθέτουσας αρχής εγκρίνονται από το όργανο διοίκησής της». Ενόψει των ανωτέρω εγγράφων καταλείπεται στην απόλυτη διακριτική ευχέρεια των αναθετουσών αρχών ως προς τους όρους σύνταξης των διακηρύξεων για τους διαγωνισμούς που προκηρύσσουν.

Εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή για τη σύνταξη των τεχνικών προδιαγραφών έλαβε υπόψη της τη Β' έκδοση των τεχνικών προδιαγραφών τους Ε.Κ.Α.Π.Τ.Υ. για τα Μηχανήματα Τεχνητού Νεφρού Αιμοδιήθησης-Αιμοδιαδιήθησης και On Line μεθόδων, όπως αυτή είναι αναρτημένη στην ιστοσελίδα <http://specs.ekevyi.gr/?p=1975>, οι οποίες αφού ελέγχθηκαν από την ορισμένη για τον συγκεκριμένο διαγωνισμό επιτροπή σύνταξης τεχνικών προδιαγραφών της αναθέτουσας και ολοκληρώθηκαν, τέθηκαν σε δύο διαδοχικές δημόσιες διαβουλεύσεις, μέσω της ιστοσελίδας της αναθέτουσας, στις 15.02.2016 και στις 10.03.2016 αντίστοιχα, χωρίς κανένα σχόλιο επί των συγκεκριμένων παραγράφων, με συνέπεια, οι συγκεκριμένες παράγραφοι να παραμείνουν χωρίς περαιτέρω προσθήκες ή τροποποιήσεις και εγκρίθηκαν από το Δ.Σ. της αναθέτουσας, δυνάμει της προσκομιζόμενης από την αναθέτουσα υπ' αριθμ. απόφασης Δ.Σ. 292/15.06.2017 (ΑΔΑ 6ΕΨΜ4690ΒΑ-ΔΜ7). Στα πλαίσια λοιπόν, της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας επιλέχθηκε απόλυτα νόμιμα, από το σύνολο των προδιαγραφών αυτής της έκδοσης που είναι και η πιο πρόσφατη, να μην υιοθετηθεί η παράγραφος 22β των τεχνικών προδιαγραφών του Ε.Κ.Α.Π.Τ.Υ., έτσι ώστε να επιτευχθεί κατά την κρίση της αναθέτουσας, η ευρύτερη δυνατή συμμετοχή εταιρειών για την εξασφάλιση μεγαλύτερου ανταγωνισμού προς όφελος της τελευταίας.

14. Επειδή περαιτέρω, σύμφωνα με τις προαναφερθείσες απόψεις της αναθέτουσας, αφενός ο όρος 5β της Α' έκδοσης των τεχνικών προδιαγραφών του Ε.Κ.Α.Π.Τ.Υ. δεν συμπεριλήφθηκε στη νεότερη Β' έκδοση και αφετέρου σε συνδυασμό με τον όρο 22β θα καθιστούσε αδύνατη, όπως εξάλλου παραδέχεται και η προσφεύγουσα, τη συμμετοχή των εταιρειών που διαθέτουν μηχανήματα των οποίων τα αναλώσιμα προστατεύονται από το εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής, γεγονός που θα περιόριζε ακόμα περισσότερο τον ανταγωνισμό στη διαγωνιστική διαδικασία, με αυξημένη πιθανότητα τελικά να υποβληθεί μία και μόνο έγκυρη προσφορά. Αυτό όμως θα ερχόταν σε αντίθεση με την παρ. 2 του άρθρου 54 του Ν. 4412/2016 και θα οδηγούσε σε περιορισμό της ανάπτυξης υγιούς ανταγωνισμού μεταξύ των εν δυνάμει ενδιαφερόμενων υποψηφίων.
15. Επειδή επιπλέον, οι τεχνικές προδιαγραφές του Ε.Κ.Α.Π.Τ.Υ., τις οποίες επικαλείται η προσφεύγουσα, έχουν χρονολογία έκδοσής τους, το 2012, χωρίς έκτοτε ο συγκεκριμένος φορέας να τις έχει αναθεωρήσει, γεγονός που εγείρει βάσιμες αμφιβολίες για τον επίκαιρο χαρακτήρα τους, αφού για ιατροτεχνολογικά προϊόντα υψηλής τεχνολογίας,

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

16. Επειδή εξάλλου, από την υπ' αριθμ. 3/2016 Ειδική Έκθεση της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.), η οποία αφορούσε την ορθή εφαρμογή των διατάξεων της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ (η οποία αποτελεί θεσμικό πλαίσιο διεξαγωγής του εν λόγω διαγωνισμού), κυρίως σε σχέση με την αναφορά στις τεχνικές προδιαγραφές των ελεγχόμενων διαγωνισμών «ειδικών» ή πρόσθετων απαιτήσεων για τα υπό προμήθεια ιατροτεχνολογικά προϊόντα, προέκυψε ότι σχετικά με τη διαδικασία σύνταξης τεχνικών προδιαγραφών σε διαγωνισμούς προμήθειας ιατροτεχνολογικών προϊόντων, ελλείπει εγκεκριμένων πρότυπων τεχνικών προδιαγραφών, η ευθύνη εκπόνησης των τεχνικών προδιαγραφών για τους επίμαχους διαγωνισμούς ανήκει στις συγκεκριμένες κάθε φορά επιτροπές σύνταξης τεχνικών προδιαγραφών, οι οποίες επιχειρώντας να καθορίσουν τα είδη και τις προδιαγραφές για την κάλυψη των ειδικότερων αναγκών κάθε νοσοκομείου (αναθέτουσας), βασίζονται εν πολλοίς στις κατά περίπτωση εξειδικευμένες απαιτήσεις τους. Με τον τρόπο αυτό, καταλείπεται στις επιτροπές αυτές ευρεία διακριτική ευχέρεια για τη διαμόρφωση των τεχνικών

προδιαγραφών, με αποτέλεσμα πολλές φορές να συμπεριλαμβάνονται σε αυτές και πρόσθετες ή ειδικές προδιαγραφές που βαίνουν πέραν των προτύπων ή της φαρμακοποιίας. Το συμπτωματικό και τυχαίο γεγονός ότι οι συγκεκριμένες κάθε φορά τεχνικές προδιαγραφές τυγχάνουν ενδεχομένως αποδοχής ή έγκρισης από τους αρμόδιους δημόσιους φορείς (Ε.Κ.Α.Π.Τ.Υ. και Ε.Π.Υ.) ή ότι συμβαδίζουν με αυτούς, δεν διασφαλίζει εκ προοιμίου τη «νομιμότητα» των επίμαχων διακηρύξεων. Συγκεκριμένα, η έλλειψη ενιαίων πρότυπων τεχνικών προδιαγραφών, δεν καθιστά δυνατό εν τοις πράγμασι τον έλεγχο συμμόρφωσης των τεχνικών προδιαγραφών με τις διατάξεις της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ και την ουσιαστική έγκριση αυτών. Η διαδικασία έγκρισης των τεχνικών προδιαγραφών που ακολουθείται έως σήμερα έχει μάλλον τυπικό χαρακτήρα και αποσκοπεί κυρίως στην κάλυψη των άμεσων αναγκών των νοσοκομείων χωρίς να εισέρχεται κατ' ουσία στην τεχνική κρίση αυτών. Επίσης, στο παρελθόν και για την αντιμετώπιση των προβλημάτων που είχαν ήδη επισημανθεί σε δημόσιους διαγωνισμούς, επιχειρήθηκε από το Ε.Κ.Α.Π.Τ.Υ. να διαμορφωθούν ενιαίες πρότυπες τεχνικές προδιαγραφές για τα ιατροτεχνολογικά προϊόντα όλων των κατηγοριών της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ, η οποία εν τέλει ολοκληρώθηκε μόνο για ορισμένα ιατροτεχνολογικά προϊόντα-μηχανήματα. (π.χ. αξονικούς τομογράφους), ενώ επί του παρόντος βρίσκεται σε εξέλιξη διαδικασία για σύνταξη τεχνικών προδιαγραφών από την Ε.Π.Υ. σε συνεργασία με το Ε.Κ.Α.Π.Τ.Υ., κατόπιν διενεργηθείσας διαβούλευσης, όπως παραδέχεται και το Ε.Κ.Α.Π.Τ.Υ. στο με αριθμό πρωτοκόλλου 54468/07.09.2017 έγγραφο του. Κατόπιν των ανωτέρω, καθίσταται σαφές ότι, ελλείψει εγκεκριμένων ενιαίων τεχνικών προδιαγραφών, οι αναθέτουσες αρχές στο πλαίσιο διενέργειας διαγωνιστικών διαδικασιών για την προμήθεια ιατροτεχνολογικών προϊόντων, 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.

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

ευρύτερης δυνατής συμμετοχής στον διαγωνισμό και την ανάπτυξη του μέγιστου δυνατού ανταγωνισμού. Η δε εφαρμογή των τεχνικών προδιαγραφών είναι οριζόντια, έχουν γίνει εκ των προτέρων και έγκαιρα, γνωστές σε ευρύ κύκλο προσώπων και δεν κρίνεται ότι πριμοδοτούν αθέμιτα, ορισμένα προϊόντα υποψήφιων προμηθευτών, έναντι άλλων.

18. Επειδή αβάσιμα προβάλλεται από την προσφεύγουσα το αίτημα να ακυρωθεί η προσαλλόμενη υπ' αριθμ. 16/2017 διακήρυξη ως προς το τμήμα που αφορά τη σύμβαση προμήθειας μηχανήματος τεχνητού νεφρού αιμοδιήθησης-αιμοδιαδιήθησης και on-line μεθόδων.
19. Επειδή δεν πιθανολογείται βάσιμα η ευδοκίμηση κανενός εκ των προβαλλόμενων λόγων της κρινόμενης προσφυγής, με συνέπεια, η υπό κρίση προσφυγή να θεωρηθεί ότι είναι προδήλως αβάσιμη.
20. Επειδή ενόψει των όσων εκτέθηκαν αναλυτικά στην παρούσα, δεν πιθανολογείται βάσιμα η ευδοκίμηση των προβαλλόμενων λόγων της κρινόμενης προσφυγής.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

ΑΠΟΡΡΙΠΤΕΙ το αίτημα της προσφεύγουσας εταιρείας να ανασταλεί η πρόοδος του διαγωνισμού μέχρι και την έκδοση απόφασης επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής σύμφωνα με το άρθρο 366 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 15 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 10 Οκτωβρίου 2017 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ ΤΟΥ 3^{ου} ΚΛΙΜΑΚΙΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ ΤΟΥ 3^{ου} ΚΛΙΜΑΚΙΟΥ

Μιχαήλ Χ. Οικονόμου

Μελπομένη Τσιαλαφούτα