

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 19 Σεπτεμβρίου 2019 με την εξής σύνθεση: Πουλοπούλου Αγγελική Πρόεδρος, Εμμανουέλα Σωτηροπούλου-Εισηγήτρια και Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Μέλη, κατόπιν της με αρ. 8/2019 απόφασης της Ολομέλειας της ΑΕΠΠ και της με αρ. 25/2019 Πράξης του Προέδρου της ΑΕΠΠ.

Για να εξετάσει την από 26.8.2019 με Γεν. Αρ. Κατ. Α.Ε.Π.Π. 1069/26-8-2019 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου,

Κατά της αναθέτουσας αρχής «.....» και των όρων της διακήρυξης με αρ. 12/2019 περί ηλεκτρονικού ανοικτού διαγωνισμού για την ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΙ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΟΥ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΩΝ, αθροιστικής εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 10.427.419,35 ευρώ, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής σε ευρώ ανά Ομάδα Ειδών.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Εμμανουέλα Σωτηροπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή με την υπό κρίση Προσφυγή, η οποία κατετέθη την 26/8/2019 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.), κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου και αυθημερόν η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη στο άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017 κοινοποίηση της υπό εξέταση

Αριθμός Απόφασης : 1133/2019

προσφυγής στους λοιπούς ενδιαφερόμενους με μήνυμα μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η με αρ. διακήρυξη περί ηλεκτρονικού ανοικτού διαγωνισμού για την ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΙ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΟΥ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΩΝ, ως προς το σκέλος που αφορά στα είδη και τις προδιαγραφές της Ομάδας 8 ΨΗΦΙΑΚΟΣ ΜΑΣΤΟΓΡΑΦΟΣ.

2. Επειδή η, ως αναθέτουσα αρχή, με την υπ' αρ. διακήρυξή της, προκήρυξε Ηλεκτρονικό άνω των ορίων (Διεθνή) Ανοικτό Διαγωνισμό για την «Προμήθεια και εγκατάσταση μηχανολογικού εξοπλισμού Νοσοκομείων, αθροιστικής εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 10.427.419,35 ευρώ, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής σε ευρώ ανά Ομάδα Ειδών. Η παρούσα σύμβαση υποδιαιρείται σε 21 ομάδες και ειδικότερα 1η ΟΜΑΔΑ ΟΦΘΑΛΜΟΛΟΓΙΚΟΣ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΣ, προϋπολογισμού 270.161,29 άνευ ΦΠΑ, 2η ΟΜΑΔΑ ΣΥΣΤΗΜΑ ΥΠΕΡΗΧΟΓΡΑΦΙΑΣ προϋπολογισμού 100.806,45 άνευ ΦΠΑ, 3η ΟΜΑΔΑ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΣ ΕΚΑ προϋπολογισμού 64.516,13 άνευ ΦΠΑ, 4η ΟΜΑΔΑ ΚΛΙΝΕΣ/ ΣΤΡΩΜΑΤΑ ΝΟΣΗΛΕΙΑΣ προϋπολογισμού 528.225,81 άνευ ΦΠΑ, 5η ΟΜΑΔΑ ΣΥΣΤΗΜΑ ΠΑΡΑΚΟΛΟΥΘΗΣΗΣ ΦΥΣΙΟΛΟΓΙΚΩΝ ΠΑΡΑΜΕΤΡΩΝ προϋπολογισμού 455.645,16 άνευ ΦΠΑ, 6η ΟΜΑΔΑ ΑΝΑΠΝΕΥΣΤΗΡΕΣ προϋπολογισμού 250.000,00 άνευ ΦΠΑ, 7η ΟΜΑΔΑ ΣΥΓΚΡΟΤΗΜΑΤΑ ΕΝΔΟΣΚΟΠΗΣΕΩΝ προϋπολογισμού 685.483,87 άνευ ΦΠΑ, 8η ΟΜΑΔΑ ΨΗΦΙΑΚΟΣ ΜΑΣΤΟΓΡΑΦΟΣ προϋπολογισμού 564.516,13 άνευ ΦΠΑ, 9η ΟΜΑΔΑ ΚΛΙΒΑΝΟΙ ΑΤΜΟΥ ΚΕΝΤΡΙΚΗΣ ΑΠΟΣΤΕΙΡΩΣΗΣ προϋπολογισμού 483.870,97, 10η ΟΜΑΔΑ ΧΕΙΡΟΥΡΓΙΚΟ ΜΙΚΡΟΣΚΟΠΙΟ προϋπολογισμού 322.580,64 άνευ ΦΠΑ, 11η ΟΜΑΔΑ ΨΗΦΙΑΚΟ ΣΥΣΤΗΜΑ ΧΟΛΗΔΟΣΚΟΠΙΟΥ - ΠΑΓΚΡΕΑΤΟΣΚΟΠΙΟΥ προϋπολογισμού 40.322,58 άνευ ΦΠΑ, 12η ΟΜΑΔΑ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΣ ΣΥΓΓΡΟΣ προϋπολογισμού 209.677,42 άνευ ΦΠΑ, 13η ΟΜΑΔΑ ΙΣΤΟΚΙΝΕΤΑ ΠΑΘΟΛΟΓΟΑΝΑΤΟΜΙΚΟΥ προϋπολογισμού 28.225,81 άνευ ΦΠΑ, 14η ΟΜΑΔΑ ΔΙΦΑΣΙΚΟΙ ΑΠΙΝΙΔΩΤΕΣ ΜΕ ΒΗΜΑΤΟΔΟΤΗ προϋπολογισμού 20.161,29 άνευ ΦΠΑ, 15η ΟΜΑΔΑ ΠΥΡΓΟΣ ΛΑΠΑΡΟΣΚΟΠΙΚΗΣ ΧΕΙΡΟΥΡΓΙΚΗΣ προϋπολογισμού 193.548,39 άνευ ΦΠΑ, 16η ΟΜΑΔΑ ΣΥΣΤΗΜΑ ΡΟΜΠΟΤΙΚΗΣ ΤΕΧΝΟΛΟΓΙΑΣ

Αριθμός Απόφασης : 1133/2019

ΕΦΑΡΜΟΖΟΜΕΝΟ ΣΤΟ ΑΝΩ ΑΚΡΟ ΣΥΝΟΔΕΥΟΜΕΝΟ ΜΕ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟ ΥΠΟΛΟΓΙΣΤΗ προϋπολογισμού 80.645,16 άνευ ΦΠΑ, 17η ΟΜΑΔΑ ΣΥΣΤΗΜΑ ΑΓΓΕΙΟΓΡΑΦΙΑΣ ΜΕ ΣΥΣΤΗΜΑ ΑΝΑΡΤΗΣΗΣ MONITOR προϋπολογισμού 1.048.387,10 άνευ ΦΠΑ, 18η ΟΜΑΔΑ ΣΕΤ ΑΝΑΡΤΗΣΗΣ ΟΡΟΦΗΣ ΑΠΟΤΕΛΟΥΜΕΝΟ ΑΠΟ ΣΚΙΑΛΥΤΙΚΗ ΛΥΧΝΙΑ, ΛΑΠΑΡΟΣΚΟΠΙΚΗ ΣΤΗΛΗ ΚΑΙ ΣΤΗΛΗ ΑΝΑΙΣΘΗΣΙΟΛΟΓΟΥ προϋπολογισμού 161.290,32 άνευ ΦΠΑ, 19η ΟΜΑΔΑ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΣ ΑΠΟΚΛΕΙΣΤΙΚΗΣ ΣΤΕΡΕΟΤΑΚΤΙΚΗΣ ΑΚΤΙΝΟΧΕΙΡΟΥΡΓΙΚΗΣ ΑΚΤΙΝΟΘΕΡΑΠΕΙΑΣ προϋπολογισμού 4.032.258,06 άνευ ΦΠΑ, 20η ΟΜΑΔΑ ΜΗΧΑΝΗΜΑΤΑ ΤΕΧΝΗΤΟΥ ΝΕΦΡΟΥ ΚΑΙ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΣ προϋπολογισμού 604.838,71 άνευ ΦΠΑ, 21η ΟΜΑΔΑ ΜΟΝΑΔΑ ΠΑΡΑΓΩΓΗΣ ΟΞΥΓΟΝΟΥ προϋπολογισμού 282.258,06 άνευ ΦΠΑ. Προσφορές υποβάλλονται για μία ή και περισσότερες Ομάδες Ειδών. Το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα στις 26-7-2019 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ την 30-7-2019 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α την 30-7-2019. Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε αρχικά η 26-8-2019 ημέρα Παρασκευή και ώρα 12.00μ.μ. Εντούτοις, με την με αρ. αριθ. 2126/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής αποφασίστηκε η μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών, η οποία ορίστηκε για την 16-9-2019. Εντούτοις, με την με αρ. αριθ. 2126/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής αποφασίστηκε η μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών, η οποία ορίστηκε για την 16-9-2019. Κατόπιν δε εκδόσεως της με αρ. Α 409/2019, Α 410/2019 και Α 411/2019 απόφασης του οικείου Κλιμακίου, η καταληκτική προθεσμία για υποβολή προσφορών για τον υπόψη διαγωνισμό ορίστηκε για την 16η -10-2019 και ώρα 12:00, ως φαίνεται από τον διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού χωρίς να έχει εκδοθεί καμία απόφαση προς τούτο, ζήτημα για το οποίο το Κλιμάκιο δεν μπορεί να επιληφθεί εφόσον δεν προβάλλεται από την προσφεύγουσα.

3. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο ηλεκτρονικό παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 2 του ΠΔ

Αριθμός Απόφασης : 1133/2019

39/2017 και το άρθρο 363 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, με κωδικό, ποσού 2.823,00 €.

4. Επειδή η υπό κρίση 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, ο επίδικος διαγωνισμός εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016, η δε Α.Ε.Π.Π. είναι 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, ως και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από το άρθρο 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει.

6. Επειδή η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (γ) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (γ) του Π.Δ. 39/2017.

7. Επειδή η Προσφεύγουσα με έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση Προδικαστική της Προσφυγή καθώς δραστηριοποιείται ενεργά στον τομέα που αποτελεί το αντικείμενο της επίμαχης προμήθειας, εμπορεύεται δε ψηφιακούς μαστογράφους του οίκου Ιταλίας (.....), τον οποίον εκπροσωπεί ως επίσημος διανομέας του στην Ελλάδα, προτίθεται δε να συμμετάσχει μεταξύ άλλων στην ΟΜΑΔΑ 8. ΨΗΦΙΑΚΟΣ ΜΑΣΤΟΓΡΑΦΟΣ προϋπολογισθείσας δαπάνης 564.516,13 ευρώ, επικαλείται δε συγκεκριμένους όρους της οικείας Διακήρυξης, οι οποίοι, όπως ισχυρίζεται, δεν της επιτρέπουν να συμμετάσχει σε αυτόν καθώς η διατύπωση τους αποκλείει εξ αρχής το προϊόν που διαθέτει και δύναται να προσφέρει στο διαγωνισμό, ήτοι το πιστοποιημένο με CE Σύστημα του οίκου, το οποίο δεν πληροί δύο εκ των απαιτήσεων της Τεχνικής Προδιαγραφής 14Α με αποτέλεσμα να είναι εκ των προτέρων βέβαιος ο αποκλεισμός της από το διαγωνισμό. Περαιτέρω και εξαιτίας της αδυναμίας της να υποβάλει αποδεκτή προσφορά για το πρώτο είδος της 8^η Ομάδας εμποδίζεται η συμμετοχή της και για το δεύτερο είδος της Ομάδας 8, ήτοι για τους δύο Ψηφιακούς Μαστογράφους (χωρίς τομοσύνθεση), στο πλαίσιο του οποίου προτίθεται να προσφέρει τους μαστογράφους Giotto Class (χωρίς

τομοσύνθεση), καθώς σύμφωνα με τη Διακήρυξη είναι δυνατή η υποβολή προσφοράς για μία ή και περισσότερες Ομάδες Ειδών, αλλά όχι για επιμέρους είδη της ίδιας Ομάδας.

8. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 1ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ.

9. Επειδή η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της (υπό στοιχείο Α.) υποστηρίζει ότι η τιθέμενη στην ομάδα 8 ΨΗΦΙΑΚΟΣ ΜΑΣΤΟΓΡΑΦΟΣ, ΨΗΦΙΑΚΟΣ ΜΑΣΤΟΓΡΑΦΟΣ ΜΕ ΔΥΝΑΤΟΤΗΤΑ ΤΟΜΟΣΥΝΘΕΣΗΣ & ΤΡΑΠΕΖΑ ΚΑΤΕΥΘΥΝΟΜΕΝΗΣ ΒΙΟΨΙΑΣ ΜΕ ΣΥΝΟΔΟ ΣΥΣΤΗΜΑ ΑΝΑΡΡΟΦΗΣΗΣ ΚΕΝΟΥ, τεχνική προδιαγραφή 14Α και ειδικότερα στη παράγραφο ΤΟΜΟΣΥΝΘΕΣΗ στην οποία απαιτείται: «Ο τρόπος της κίνησης της λυχνίας να είναι συνεχόμενος και όχι διακοπτόμενος.» είναι περιοριστική για τον ανταγωνισμό διότι ζητείται όλως περιοριστικά η τεχνική της συνεχόμενης κίνησης της λυχνίας, με αποτέλεσμα και άλλες εταιρείες, εκτός της προσφεύγουσας που προσφέρουν την διακοπτόμενη κίνηση να τίθενται λόγω της πληττόμενης προδιαγραφής εκτός Διαγωνισμού. Θα έπρεπε συνεπώς, να να είναι σύννομη η Διακήρυξη, η προσβαλλόμενη προδιαγραφή να επιτρέπει και τους δύο τρόπους κίνησης της λυχνίας. Με τον δεύτερο λόγο (υπό στοιχείο Β.) υποστηρίζει ότι η τιθέμενη στην ομάδα 8 ΨΗΦΙΑΚΟΣ ΜΑΣΤΟΓΡΑΦΟΣ, ΨΗΦΙΑΚΟΣ ΜΑΣΤΟΓΡΑΦΟΣ ΜΕ ΔΥΝΑΤΟΤΗΤΑ ΤΟΜΟΣΥΝΘΕΣΗΣ & ΤΡΑΠΕΖΑ ΚΑΤΕΥΘΥΝΟΜΕΝΗΣ ΒΙΟΨΙΑΣ ΜΕ ΣΥΝΟΔΟ ΣΥΣΤΗΜΑ ΑΝΑΡΡΟΦΗΣΗΣ ΚΕΝΟΥ, τεχνική προδιαγραφή 14Α και ειδικότερα στη παράγραφο ΤΟΜΟΣΥΝΘΕΣΗ στην οποία απαιτείται: «Να δοθεί σχετική βιβλιογραφία για τη βελτίωση της διαγνωστικής αξίας της προτεινόμενης μεθόδου τομοσύνθεσης σε σχέση με την 2D μαστογραφία, και να φέρει σχετική πιστοποίηση ευρωπαϊκού ή διεθνούς οργανισμού (πχ FDA ή άλλη αντίστοιχη) για την σχετική υπεροχή.» είναι μη νόμιμη και περιττή, δεν καλύπτει κάποια υπαρκτή ή θεμιτή ανάγκη των νοσοκομείων, που να μπορεί να δικαιολογήσει τη συρρίκνωση και τα εμπόδια του ανταγωνισμού που εξαιτίας της προκαλούνται, ενώ ως υποστηρίζει, δεν υπάρχει Ευρωπαϊκός οργανισμός που να έχει προβεί σε πιστοποίηση των συστημάτων ψηφιακής μαστογραφίας τομοσύνθεσης (Digital Breast Tomosynthesis) υπό την έννοια που από τη Διακήρυξη ζητείται.

Αριθμός Απόφασης : 1133/2019

ο EUREF δεν έχει εκδώσει οποιαδήποτε έστω οδηγία ή πρόταση ή πρωτόκολλο ειδικά για την υπεροχή της τομοσύνθεσης έναντι της 2D. Πιστοποίηση για την υπεροχή της τομοσύνθεσης σε σχέση με την 2D μαστογραφία δεν παρέχεται ούτε από άλλους διεθνείς οργανισμούς. Έτσι τεχνηέντως με την η προσβαλλόμενη απαίτηση μπορούν να γίνουν δεκτές μόνον οι προσφορές εταιρειών που εκπροσωπούν οίκους που πωλούν ή κατασκευάζουν τα μηχανήματα τους στις ΗΠΑ, προσκομίζοντας σχετική πιστοποίηση από τον, ο οποίος, σύμφωνα με τους ισχυρισμούς της μνημονεύεται στη Διακήρυξη ως παράδειγμα διεθνούς οργανισμού. Εξάλλου, απαγορεύεται στις Αναθέτουσες Αρχές να ζητούν επιπλέον του CE οποιαδήποτε πιστοποίηση ειδικά από τον, ενώ επιπροσθέτως η απαίτηση για την πιστοποίηση της υπεροχής της τομοσύνθεσης δεν συνάδει ούτε με το κριτήριο κατακύρωσης του διαγωνισμού που είναι αποκλειστικά βάσει της χαμηλότερης τιμή, γεγονός που δεν επιτρέπει στην Αναθέτουσα Αρχή, να θέτει επιπλέον προδιαγραφές και απαιτήσεις πέραν της πιστοποίησης με CE, την οποία τα προϊόντα του οίκου, περιλαμβανομένου του μηχανήματος GIOTTO CLASS καλύπτουν. Τέλος, με τον τρίτο λόγο (υπό στοιχείο Γ) αμφισβητεί την παράλειψη τμηματοποίησης των ειδών της Ομάδας 8, η οποία συρρικνώνει τον ανταγωνισμό και προκαλείται ο αποκλεισμός της άνευ αντικειμενικού λόγου.

10. Επειδή η αναθέτουσα αρχή ουδέποτε ούτε φάκελο με τα στοιχεία της υπόθεσης ούτε τις κατά νόμο προβλεπόμενες απόψεις της επί των αιτιάσεων της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής απέστειλε μέχρι την ημερομηνία εξέτασης της, αν και εκλήθη να το πράξει τούτο νομίμως και εντός των νομίμων προθεσμιών με τη με αρ. 1337, 1338/2019 πράξη ορισμού ημερομηνίας εξέτασης της προσφυγής και εισηγητή της Προέδρου του 1ου Κλιμακίου.

11. Επειδή, το άρθρο 365 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι «1.Στις περιπτώσεις όπου η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, σύμφωνα με το πρώτο εδάφιο της παραγράφου 1 του άρθρου 362, η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών: (α) κοινοποιεί την προσφυγή το αργότερο εντός πέντε (5) ημερών σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο

Αριθμός Απόφασης : 1133/2019

ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της προσφυγής, προκειμένου να ασκήσει το δικαίωμα παρέμβασής του στη διαδικασία εξέτασης της προσφυγής, σύμφωνα με την παράγραφο 3 του άρθρου 362, και (β) διαβιβάζει στην ΑΕΠΠ, το αργότερο εντός δέκα (10) ημερών από την ημέρα κατάθεσης, τον πλήρη φάκελο της υπόθεσης, τις απόψεις της επί της προσφυγής και τα αποδεικτικά κοινοποίησης της περίπτωσης α' της παραγράφου 1, στους ενδιαφερόμενους τρίτους. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την προδικαστική πράξης.». 2. Σε περίπτωση μη αποστολής του φακέλου από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με την περίπτωση β' της προηγούμενης παραγράφου, η ΑΕΠΠ μπορεί να συνάγει τεκμήριο ομολογίας της αναθέτουσας αρχής για την πραγματική βάση των ισχυρισμών του προσφεύγοντος. Το ίδιο τεκμήριο μπορεί να θεωρηθεί ότι συντρέχει και αν τα στοιχεία τα οποία έχουν αποσταλεί από την αναθέτουσα αρχή είναι, κατά την κρίση της ΑΕΠΠ, ελλιπή και δεν επαρκούν για τον έλεγχο του βασίμου των προβαλλόμενων αιτιάσεων. 3. Η ΑΕΠΠ, εφόσον κρίνει ότι η παράλειψη αποστολής των αναφερόμενων στην παράγραφο 1 στοιχείων ή η καθυστερημένη αποστολή τους είναι αδικαιολόγητη, καθιστά, δε, ιδιαιτέρως δυσχερή την ουσιαστική παροχή προδικαστικής Προστασίας, μπορεί, με την απόφαση επί της προσφυγής, σταθμίζοντας τις συντρέχουσες σε κάθε περίπτωση συνθήκες, να επιβάλει αυτεπαγγέλτως χρηματική κύρωση στην αναθέτουσα αρχή. Το ποσό της κύρωσης αυτής μπορεί να ανέρχεται από εκατό (100) μέχρι πεντακόσια (500) ευρώ, κατ' εκτίμηση των περιστάσεων και αναλόγως της βαρύτητας της παράβασης, και καταβάλλεται μία φορά για κάθε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης και αποτελεί έσοδο του Κρατικού Προϋπολογισμού. Μνεία της κύρωσης αυτής γίνεται στον ατομικό φάκελο του υπεύθυνου της καθυστέρησης ή ελλιπούς αποστολής ή μη αποστολής του φακέλου και των απόψεων της υπηρεσίας υπαλλήλου. Με τον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών της παρ. 7 ορίζεται ο τρόπος και χρόνος κατάθεσης και είσπραξης της χρηματικής κύρωσης, ο τρόπος απόδειξης της είσπραξής της, καθώς και κάθε άλλη αναγκαία λεπτομέρεια».

12. Επειδή, συναφώς η διάταξη του άρθρου 14 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 με τίτλο «Συνέπειες μη αποστολής φακέλου εκ μέρους της

αναθέτουσας αρχής» ορίζει ότι: «*Σε περίπτωση μη αποστολής στο σχηματισμό της ΑΕΠΠ, που εξετάζει την προδικαστική προσφυγή, εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, των απόψεών της και των κωδικών πρόσβασης στα στοιχεία του διαγωνισμού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην περίπτωση β΄ της παραγράφου 2 του άρθρου 9 του παρόντος Κανονισμού, ο οικείος σχηματισμός μπορεί να συνάγει τεκμήριο ομολογίας της αναθέτουσας αρχής για την πραγματική βάση των ισχυρισμών του προσφεύγοντος. [...].».*

13. Επειδή σχετικά με τον πρώτο (υπό στοιχείο Α) και δεύτερο (υπό στοιχείο Β) της προσφυγής γίνονται δεκτά τα κάτωθι. Από την συνδυαστική ερμηνεία της νομολογίας και του υφιστάμενου πλαισίου παροχής έννομης προστασίας του ν. 4412/2016, προκύπτει με σαφήνεια, ότι, αναδεικνύεται ως υψίστης σημασίας για την παροχή έγκαιρης και αποτελεσματικής έννομης προστασίας, η έγκαιρη και ουσιαστική από πλευράς περιεχόμενου αποστολή απόψεων μετά του διοικητικού φάκελου εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής. Και τούτο διότι η αναθέτουσα αρχή ως συντάξασα τους όρους της διακήρυξης, αναδεικνύεται εκ του πλαισίου ως παράγων μείζονος σημασίας προς την επίτευξη και διαμόρφωση της απόφασης εκ μέρους της ΑΕΠΠ αντικρούοντας τις αιτιάσεις της υπό κρίση προσφυγής, ιδίως στην προκείμενη περίπτωση που αυτές αφορούν 1. Σε αιτιάσεις ότι η τιθέμενη στην ομάδα 8 ΨΗΦΙΑΚΟΣ ΜΑΣΤΟΓΡΑΦΟΣ τεχνική προδιαγραφή ΨΗΦΙΑΚΟΣ ΜΑΣΤΟΓΡΑΦΟΣ ΜΕ ΔΥΝΑΤΟΤΗΤΑ ΤΟΜΟΣΥΝΘΕΣΗΣ & ΤΡΑΠΕΖΑ ΚΑΤΕΥΘΥΝΟΜΕΝΗΣ ΒΙΟΨΙΑΣ ΜΕ ΣΥΝΟΔΟ ΣΥΣΤΗΜΑ ΑΝΑΡΡΟΦΗΣΗΣ ΚΕΝΟΥ, και ειδικότερα η παράγραφος ΤΟΜΟΣΥΝΘΕΣΗ στην οποία απαιτείται: «*Ο τρόπος της κίνησης της λυχνίας να είναι συνεχόμενος και όχι διακοπτόμενος.*» από επιστημονικής και τεχνικής πλευράς, όπως και από πλευράς αναγκών των νοσοκομείων, δεν υπάρχει κάποιο πρακτικό όφελος των νοσοκομείων ή κάποιος θεμιτός λόγος που να μπορεί να δικαιολογήσει τη συνειδητή συρρίκνωση του ανταγωνισμού με την περιοριστική επιλογή μόνο της μεθόδου της συνεχόμενης κίνησης. Υποστηρίζει δε η τελική εικόνα είναι ακριβώς όμοια όποια και από τις δύο τεχνολογίες και εάν επιλεγεί και ότι οι σημαντικότερες παράμετροι (χρόνος εξέτασης, δόση, ευκρίνεια) δεν διαφοροποιούνται αναλόγως της τεχνολογίας στην κίνηση της λυχνίας. Η προσφεύγουσα μάλιστα προβαίνει σε λεπτομερή σε

λεπτομερή προβολή των θετικών χαρακτηριστικών των προϊόντος της σε βαθμό που να αναιρούν τη χρηστικότητα των οικείων χαρακτηριστικών των υπό προμήθεια προϊόντων, επισημαίνοντας σχετικά στα συστήματα που εκτελούν τομοσύνθεση με διακοπτόμενη τεχνική, όπως το, οι πιθανότητες να παρουσιάσουν «artifacts» είναι λιγότερες, επειδή εστιάζουν και τα απομονώνουν κατά την λήψη με αποτέλεσμα ο διακοπτόμενος τρόπος κίνησης της λυχνίας (step and shoot) να εξασφαλίζει καλύτερη και ευκρινή απεικόνιση ιδιαίτερα των μικροαποτιτανώσεων (microcalcifications), χωρίς τη θολότητα (Blurring) που επιφέρει στην ποιότητα εικόνας, όπως έχει αποδειχθεί από διάφορες μελέτες, ο συνεχόμενος τρόπος κίνησης της λυχνίας. 2. Σε αιτιάσεις ότι η τιθέμενη στην ομάδα 8 ΨΗΦΙΑΚΟΣ ΜΑΣΤΟΓΡΑΦΟΣ, ΨΗΦΙΑΚΟΣ ΜΑΣΤΟΓΡΑΦΟΣ ΜΕ ΔΥΝΑΤΟΤΗΤΑ ΤΟΜΟΣΥΝΘΕΣΗΣ & ΤΡΑΠΕΖΑ ΚΑΤΕΥΘΥΝΟΜΕΝΗΣ ΒΙΟΨΙΑΣ ΜΕ ΣΥΝΟΔΟ ΣΥΣΤΗΜΑ ΑΝΑΡΡΟΦΗΣΗΣ ΚΕΝΟΥ, τεχνική προδιαγραφή 14Α και ειδικότερα στη παράγραφο ΤΟΜΟΣΥΝΘΕΣΗ στην οποία απαιτείται: «*Να δοθεί σχετική βιβλιογραφία για τη βελτίωση της διαγνωστικής αξίας της προτεινόμενης μεθόδου τομοσύνθεσης σε σχέση με την 2D μαστογραφία, και να φέρει σχετική πιστοποίηση ευρωπαϊκού ή διεθνούς οργανισμού (πχ FDA ή άλλη αντίστοιχη) για την σχετική υπεροχή*» δεν καλύπτει κάποια υπαρκτή ή θεμιτή ανάγκη των νοσοκομείων, που να μπορεί να δικαιολογήσει τη συρρίκνωση και τα εμπόδια του ανταγωνισμού που εξαιτίας της προκαλούνται. Πρωτίστως δε αντίκειται στη νομοθεσία για την ελεύθερη κυκλοφορία των ιατροτεχνολογικών ειδών σύμφωνα με την Οδηγία 93/42/ΕΟΚ και την αντίστοιχη εθνική νομοθεσία (ΔΥ8δ/Γ.Π.οικ.130648 - ΦΕΚ αρ. 2198/Β'/2.10.2009). Μάλιστα η προσφεύγουσα αναλύει διεξοδικά ότι δεν υπάρχει κανένας Ευρωπαϊκός οργανισμός που να έχει προβεί σε πιστοποίηση των συστημάτων ψηφιακής μαστογραφίας τομοσύνθεσης (Digital Breast Tomosynthesis) υπό την έννοια που από τη Διακήρυξη ζητείται. Ο ευρωπαϊκός οργανισμός EUREF εκπονεί μεν πρωτόκολλο ελέγχου για τα Συστήματα ψηφιακής Τομοσύνθεσης Μαστού (Protocol for the Quality Control of the Physical and Technical Aspects of Digital Breast Tomosynthesis Systems version 1.03 March 2018), το οποίο περιλαμβάνει και το μηχάνημα IMS Giotto Class - το οποίο προτίθεται να προσφέρει στον υπόψη διαγωνισμό, είναι όμως

Αριθμός Απόφασης : 1133/2019

ακόμη υπό εκπόνηση, η εφαρμογή του είναι σε προαιρετική και όχι υποχρεωτική βάση και επομένως δεν συνιστά την πιστοποίηση συστήματος ψηφιακής μαστογραφίας τομοσύνθεσης υπό την έννοια που τη ζητά η Διακήρυξη. Ο συγκεκριμένος δε οργανισμός δεν έχει εκδώσει οποιαδήποτε έστω οδηγία ή πρόταση ή πρωτόκολλο ειδικά για την υπεροχή της τομοσύνθεσης έναντι της 2D μαστογραφίας. Επισημαίνει μάλιστα ότι δεν παρέχεται ούτε από άλλους διεθνείς οργανισμούς καμία Πιστοποίηση για την υπεροχή της τομοσύνθεσης σε σχέση με την 2D μαστογραφία. Ως μάλιστα επισημαίνει, ο δεν αποτελεί διεθνή οργανισμό, αλλά εθνικό οργανισμό των ΗΠΑ με αρμοδιότητα να ελέγξει και να αποφανθεί αποκλειστικά επί των μηχανημάτων που παράγονται ή/και κυκλοφορούν στις ΗΠΑ, χωρίς αρμοδιότητα να αποφανθεί επί μηχανημάτων που παράγονται και κυκλοφορούν στην Ευρωπαϊκή Ένωση, όπως είναι τα μηχανήματα του οίκου Επομένως, δεν θα μπορούσε η πιστοποίηση από έναν τέτοιο πλήρως αναρμόδιο αλλοδαπό οργανισμό να αποτελεί κριτήριο για την αποδοχή ή μη μίας προσφοράς σε δημόσιο διαγωνισμό της χώρας μας. Πόσο μάλλον που η τυχόν πιστοποίηση από εθνικούς οργανισμούς κάποιων χωρών, ιδιαίτερα εκτός Ευρωπαϊκής Ένωσης, δεν μπορεί να έχει ισχύ σε ιατροτεχνολογικά συστήματα, τα οποία παράγονται ή κυκλοφορούν στην Ευρωπαϊκή Ένωση και πληρούν τις απαιτήσεις της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ, φέροντα σήμανση CE, και ως εκ τούτου οι προσβαλλόμενη ως άνω τεχνική προδιαγραφή βαίνει πέραν των ελάχιστων απαιτήσεων υπό τη σήμανση CE και ότι αποκλείονται, χωρίς καμία αιτιολογία και κατά παράβαση της 93/42/ΕΟΚ οδηγίας, προϊόντα, όπως αυτά που προσφέρει η τρίτη προσφεύγουσα που φέρουν σήμανση CE και άρα έχουν αξιολογηθεί, ελεγχθεί και κριθεί ότι είναι απολύτως κατάλληλα για τη χρήση για την οποία προορίζονται.

14. Επειδή, όπως έχει γίνει δεκτό από τη νομολογία (ΣΤΕ 3719/2011, 1105/2010, Ε.Α. ΣΤΕ 676/2011, 77/2011, 1140/2010, 1025/2010, 1024/2010, 691/2009, 434/2008 κ. ά.), η αναθέτουσα αρχή είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακηρύξεως ως προς τα προς προμήθεια είδη, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη. Η δε θέσπιση, με τη

Αριθμός Απόφασης : 1133/2019

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 στο διαγωνισμό ή καθιστά ουσιαδώς δυσχερή τη συμμετοχή σε αυτόν των προμηθευτών, των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (ΣΤΕ ΕΑ 124/2015, 9/2015, 354/2014). Πλην όμως, η παραπάνω ευχέρεια, όπως κάθε μορφή διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας στο πλαίσιο της προσυμβατικής διαδικασίας, ελέγχεται δια προδικαστικής προσφυγής ως προς την τυχόν εκ μέρους της κακή χρήση αυτής ή υπέρβαση των άκρων ορίων τα οποία όσον αφορά τον καθορισμό όρων διακήρυξης τίθενται στο σημείο εκείνο, όπου δεν θίγεται αδικαιολόγητα η αρχή της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και πρωτίστως του αποτελεσματικού ανταγωνισμού (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 209/2017, 238/2017, 61/2018, 487/2018, 985/2018, 894/2019).

15. Επειδή, εν προκειμένω, ως έγινε δεκτό στη σκέψη 10, η αναθέτουσα αρχή, αν και νόμιμα κλήθηκε να υποβάλλει τις απόψεις της αδικαιολογήτως δεν απέστειλε μέχρι τη συζήτηση της υποθέσεως τον φάκελο με τις απόψεις της επ' αυτής. Η δε παράλειψη αποστολής τους καθιστά ιδιαιτέρως δυσχερή την ουσιαστική παροχή προστασίας και τούτο διότι το αρμόδιο προς κρίση Κλιμάκιο δεν δύναται να συνάγει αν τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά των προσβαλλόμενων προδιαγραφών έχουν πράγματι καθοριστεί σύμφωνα με τις ανάγκες των νοσοκομείων και σε συνδυασμό με τα αποτελέσματα χρήσης τους και εν τέλει αν μόνον αυτές οι συγκεκριμένες προδιαγραφές εξυπηρετούν αποτελεσματικά τις ανάγκες για την κάλυψη των οποίων τίθενται (πρβλ. Σ.τ.Ε. 365/2007, ΕΑ 267/2008) Λόγω δε του ιδιαζόντως τεχνικού χαρακτήρα των προσβαλλόμενων ειδικών τεχνικών προδιαγραφών και του γεγονότος ότι η αναθέτουσα αρχή δεν προέβαλλε καμία αντίκρουση επί των ως άνω αιτιάσεων ουδόλως μπορεί να συναχθεί 1. αν οι προσβαλλόμενες τεχνικές προδιαγραφές έχει τεθεί στην προσβαλλόμενη Διακήρυξη κατόπιν

Αριθμός Απόφασης : 1133/2019

τήρησης της αρχής της ισότιμης πρόσβασης των οικονομικών φορέων στη διαγωνιστική διαδικασία και αν πράγματι ευνοούνται ή αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή προϊόντα και 2. αν επίμαχες πρόσθετες τεχνικές προδιαγραφές πέραν των απαιτήσεων της σήμανσης CE, έχουν τεθεί στην προσβαλλόμενη Διακήρυξη κατόπιν τήρησης της απαιτούμενης κατ' άρθρο 8 της 93/42/ΕΟΚ οδηγίας, διαδικασίας διασφάλισης προς αποφυγή κινδύνων ασφαλείας και υγείας, ενημερώνοντας σχετικώς τον αρμόδιο εθνικό οργανισμό προκειμένου να κινηθεί και ολοκληρωθεί η οικεία διαδικασία διασφάλισης. Η στάση αυτή της αναθέτουσας αρχής, ήτοι η παράλειψη αποστολής εκ μέρους της των απόψεων της, επιτρέπει, συνεπώς, κατά τα προεκτεθέντα, την συναγωγή τεκμηρίου ότι συνομολογεί την ακρίβεια της πραγματικής βάσεως των ανωτέρω ισχυρισμών της προσφεύγουσας κατ' εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 365 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 14 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 .

16. Επειδή σχετικά με τον τρίτο λόγο (υπό στοιχείο Γ) γίνονται δεκτά τα ακόλουθα. Σύμφωνα με το άρθρο 59 του ν. 4412/2016 με τίτλο, Υποδιαίρεση συμβάσεων σε τμήματα «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποφασίζουν να αναθέτουν μια σύμβαση υπό τη μορφή χωριστών τμημάτων και μπορούν να προσδιορίζουν το μέγεθος και το αντικείμενο των τμημάτων αυτών. Εξαιρουμένων των συμβάσεων οι οποίες έχουν διαιρεθεί υποχρεωτικά, σύμφωνα με την παρ. 4, οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τους βασικούς λόγους της απόφασής τους να μην διαιρέσουν μία σύμβαση σε τμήματα, στοιχείο που περιλαμβάνεται στα έγγραφα της σύμβασης ή στην ειδική έκθεση του άρθρου 341. 2. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος, αν οι προσφορές υποβάλλονται για ένα, περισσότερα ή για όλα τα τμήματα. Οι αναθέτουσες αρχές δύνανται, ακόμη και εάν οι προσφορές είναι δυνατόν να υποβάλλονται για πολλά ή για όλα τα τμήματα, να περιορίζουν τον αριθμό των τμημάτων που μπορούν να ανατεθούν σε έναν προσφέροντα, υπό την προϋπόθεση ότι ο μέγιστος αριθμός των τμημάτων ανά προσφέροντα ορίζεται στην προκήρυξη της σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν στα έγγραφα της σύμβασης τα αντικειμενικά και χωρίς διακρίσεις κριτήρια ή ταυς κανόνες που προτίθενται να εφαρμόσουν για τον προσδιορισμό των τμημάτων

που ανατίθενται, στην περίπτωση που η εφαρμογή των κριτηρίων ανάθεσης θα είχε ως αποτέλεσμα την ανάθεση σε έναν προσφέροντα τμημάτων που υπερβαίνουν τον μέγιστο αριθμό.3. Αν είναι δυνατή η ανάθεση περισσότερων του ενός τμημάτων στον ίδιο προσφέροντα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αναθέτουν συμβάσεις συνδυάζοντας πολλά ή άλλα τα τμήματα, στην περίπτωση που έχουν ορίσει στην προκήρυξη της σύμβασης ή στην πρόσκληση για επιβεβαίωση ενδιαφέροντος ότι διατηρούν το δικαίωμα αυτό και αναφέρουν τον τρόπο συνδυασμού των τμημάτων ή ομάδων τμημάτων. 4. Οι ΚΑΑ διαιρούν υποχρεωτικά τις συμβάσεις που αναθέτουν σε χωριστά τμήματα, καθορίζουσες το μέγεθος και το αντικείμενο των τμημάτων αυτών. Στην περίπτωση αυτή, εφαρμόζονται επίσης το πρώτο εδάφιο της παρ. 2 και, κατά περίπτωση, η παράγραφος 3. Παρά τα προβλεπόμενα στο πρώτο εδάφιο της παρούσας παραγράφου, με απόφαση του και του κατά περίπτωση αρμόδιου Υπουργού, επιτρέπεται η ανάθεση συγκεκριμένης σύμβασης από ΚΑΑ μη διαιρούμενης σε χωριστά τμήματα». Συναφώς, στην ΚΑΤΕΥΘΥΝΤΗΡΙΑ ΟΔΗΓΙΑ 17 (Απόφαση 181/2016 της ΕΑΑΔΗΣΥ με ΘΕΜΑ: “Ενίσχυση συμμετοχής των Μικρομεσαίων Επιχειρήσεων (ΜΜΕ) στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων” αναφέρεται ότι: «[...] III. ΕΝΙΣΧΥΣΗ ΤΟΥ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ (ΤΜΗΜΑΤΑ) Οι διατάξεις των άρθρων 59 και 288 (άρθρα 46 και 65 των Οδηγιών 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ αντιστοίχως) παρέχουν τη δυνατότητα υποδιαίρεσης συμβάσεων σε τμήματα με σκοπό την ενίσχυση του ανταγωνισμού μέσω της προώθησης της πρόσβασης και της διευκόλυνσης της συμμετοχής των ΜΜΕ στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων. Επιπλέον, η υποδιαίρεση των συμβάσεων σε τμήματα προβλέπεται να αξιοποιήσει τις εγγενείς δυνατότητες και τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά των ΜΜΕ, υπό την έννοια της ανάδειξης των συγκριτικών τους πλεονεκτημάτων σε διάφορους τομείς της εν γένει επιχειρηματικής και παραγωγικής τους δραστηριότητας. Συγκεκριμένα, προβλέπονται ως βασικές δυνατότητες τα κάτωθι: α) Κατά τις διατάξεις των οικείων άρθρων 59 και 288, οι αναθέτουσες αρχές και οι αναθέτοντες φορείς αντιστοίχως, μπορούν να αναθέτουν μία (δημόσια) σύμβαση υπό τη μορφή χωριστών τμημάτων και να προσδιορίζουν το αντικείμενο και μέγεθος αυτών. β) Οι προσφέροντες μπορούν να υποβάλουν προσφορά για ένα, περισσότερα ή

Αριθμός Απόφασης : 1133/2019

για όλα τα τμήματα. [...]» Από τις ως άνω διατάξεις συνάγεται ότι οι αναθέτουσες αρχές, μπορούν να αναθέτουν μία δημόσια σύμβαση υπό τη μορφή χωριστών τμημάτων και να προσδιορίζουν το αντικείμενο και μέγεθος αυτών. Στην αντίθετη περίπτωση, οι αναθέτουσες αρχές αναλαμβάνουν την υποχρέωση να αιτιολογήσουν τους βασικούς λόγους μη τήρησης της ως άνω επιλογής σε ειδική έκθεση ή στα έγγραφα της σύμβασης, δηλαδή τα έγγραφα τα οποία παρέχει ή στα οποία παραπέμπει η αναθέτουσα αρχή με σκοπό την περιγραφή ή τον προσδιορισμό των στοιχείων της σύμβασης ή της διαδικασίας ανάθεσης. Υπό τα δεδομένα αυτά, η τμηματοποίηση των υπό ανάθεση συμβάσεων επαφίεται καταρχήν στη δυναμική και διακριτική ευχέρεια των αναθετουσών αρχών. Πλην όμως, όπως κάθε είδος διακριτικής ευχέρειας στο πλαίσιο των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, αυτή υπάγεται στον έλεγχο της Α.Ε.Π.Π. ως προς την εκ μέρους της νόμιμη χρήση (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 910-911/2018, 187/2017 και πρβλ. ΣτΕ 452/2012, 1399, 4145/2009, 2289-2290, 2292, 2293/2008, 1251, 2861/2006, 1867/2005). Επομένως, καταλείπεται όσον αφορά την τμηματοποίηση, ελευθερία εκτιμήσεως στις αναθέτουσες αρχές περί του αν θα τη συμπεριλάβουν και ειδικότερα με ποιο τρόπο και ποια διάρθρωση τμημάτων στην εκάστοτε διαδικασία ανάθεσης, ευχέρεια η οποία ελέγχεται βέβαια, πλην όμως όσον αφορά την τυχόν υπέρβαση των άκρων ορίων της (πρβλ. ΣτΕ 1315/2012 2022, 3527/2011), η οποία ερμηνεύεται υπό το πρίσμα των αρχών που θεσπίζονται με το αρ. 18 Ν. 4412/2016 και συγκεκριμένα την αποφυγή των διακρίσεων, τη διαφάνεια, ίση μεταχείριση, αναλογικότητα και όλα τα παραπάνω υπό την ειδικότερη οπτική του ανοίγματος των δημοσίων συμβάσεων στον αποτελεσματικό ανταγωνισμό. Εξάλλου, η παράλειψη άσκησης της διακριτικής ευχέρειας του άρ. 59 Ν. 4412/2016 περί υποδιαίρεσης του συνολικού αντικειμένου σε επιμέρους τμήματα (αρμοδιότητα που ανάγεται αφενός στην καταρχήν υποδιαίρεση, αφετέρου στην επιμέρους διάρθρωση και σύνθεση των τμημάτων, ως και τον αριθμό αυτών), συνιστά έναν αυτονόητο περιορισμό του ανταγωνισμού, υπό τη μορφή του αποκλεισμού των προσφορών των οικονομικών φορέων που δύνανται και προτίθενται να μετάρσχουν, να καλύψουν τα οικεία κριτήρια επιλογής και απαιτήσεις και εν τέλει να αναλάβουν συμβατικές δεσμεύσεις μόνο

Αριθμός Απόφασης : 1133/2019

για τμήματα της διαδικασίας και όχι για το όλο αντικείμενο. Εξάλλου, από την Αιτιολογική Έκθεση Ν. 4412/2016 “Το άρθρο 59 εισάγει στη διαδικασία της προετοιμασίας της σύναψης μίας δημόσιας σύμβασης μέριμνα προς όφελος των αναγκών των μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ), παρέχοντας τη δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να υποδιαιρούν όλες τις συμβάσεις σε τμήματα. Η υποδιαίρεση θα μπορούσε να γίνεται, είτε σε ποσοτική βάση, είτε σε ποιοτική βάση, ή σύμφωνα με τις διαδοχικές φάσεις των σχεδίων. Το μέγεθος και το αντικείμενο των τμημάτων καθορίζεται ελεύθερα από την αναθέτουσα αρχή. Σε περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή αποφασίσει ότι δεν είναι σκόπιμη η υποδιαίρεση της σύμβασης σε τμήματα, υποχρεούται ωστόσο να αναφέρει τους κύριους λόγους αυτής της επιλογής σε ειδική έκθεση ή στα έγγραφα της σύμβασης. Όταν οι συμβάσεις υποδιαιρούνται σε τμήματα, οι αναθέτουσες αρχές, προκειμένου να διατηρήσουν τον ανταγωνισμό ή να διασφαλίσουν την αξιοπιστία του εφοδιασμού, μπορούν να περιορίζουν τον αριθμό των τμημάτων για τις οποίες μπορεί να υποβάλει προσφορά ένας οικονομικός φορέας, καθώς και να περιορίζουν τον αριθμό των τμημάτων που μπορούν να ανατεθούν σε έναν προσφέροντα...” προκύπτει ότι η τμηματοποίηση εισήχθη στο νέο πλαίσιο δημοσίων συμβάσεων ακριβώς ως εργαλείο αύξησης της συμμετοχής, άρα και του ανταγωνισμού και συγχρόνως της καλύτερης εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος και δη του ειδικού συμφέροντος της αναθέτουσας περί εύρεσης των συμφερότερων λύσεων και ανά περίπτωση και τμήμα αναδόχων. Ούτως, η τμηματοποίηση επιτρέποντας αφενός περισσότερες διαγωνιστικές διαδικασίες εντός της ίδιας εν γένει διαδικασίας όπου το συμφερότερο της προσφοράς θα κριθεί επί του κάθε επιμέρους τμήματος, αφετέρου τη μείωση των απαιτήσεων συμμετοχής για τα επιμέρους τμήματα (αφού, όπως είναι σαφές όσο μικρότερο είναι το επιμέρους αντικείμενο, άρα εν προκειμένω τμήμα, τόσο περισσότεροι οικονομικοί φορείς μπορούν να συμμετάσχουν), δίνει την ευκαιρία στην αναθέτουσα να συνδυάσει τις τυχόν διαφορετικές συμφερότερες ανά τμήμα προσφορές όσον αφορά το εν γένει συμβατικό αντικείμενο, αποκτώντας έτσι όφελος σε σχέση με τον εξαναγκασμό αποδοχής ενός μόνο αναδόχου επί τη βάση ότι η προσφορά του προκύπτει ως συμφερότερη συνολικά (και δη με μικρότερο ανταγωνισμό κατά τεκμήριο σε σχέση με τη διενέργεια σε τμήματα),

Αριθμός Απόφασης : 1133/2019

ανεξαρτήτως αν αυτή η συνολική προσφορά επιβαρύνεται και έτσι καθίσταται χειρότερη από αυτήν που θα μπορούσε να είναι ανά ορισμένα επιμέρους τμήματα, λόγω της ανάγκης συμπερίληψης και τμημάτων όπου ο ανάδοχος δεν θα είχε την πλέον συμφέρουσα προσφορά. Αντίστοιχα, η μη τμηματοποίηση, αλλά και ο ειδικότερος τρόπος τμηματοποίησης δύναται να μεταβάλει έως και καταλυτικά το πρόσωπο του αναδόχου, αλλά και να επηρεάσει σημαντικά το τελικό αποτέλεσμα της διαδικασίας ως προς τον αθροιστικό βαθμό κόστους, καταλληλότητας και εν γένει συμφέροντος που προκύπτει για την αναθέτουσα (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 153/2017) Από τη συνδυασμένη ερμηνεία των όρων της διακηρύξεως συνάγεται ότι σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 4 ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ ΥΠΟΦΑΚΕΛΟΥ «ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» ΠΡΟΣΦΕΡΟΜΕΝΗ ΤΙΜΗ & ΚΡΙΤΗΡΙΑ ΑΝΑΘΕΣΗΣ–ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ 1. «Οικονομική Προσφορά» στον υπόψη διαγωνισμό είναι δυνατή η υποβολή προσφοράς για μία ή και περισσότερες Ομάδες Ειδών. Δεν γίνεται αποδεκτή η υποβολή προσφοράς για τμήμα Ομάδας. Συγκεκριμένα, για την ομάδα 8, που ασκείται η παρούσα προσφυγή οι υποψήφιοι θα πρέπει να υποβάλλουν προφορά και για τους δύο ψηφιακούς μαστογράφους που ζητούνται, ήτοι για ένα Ψηφιακό Μαστογράφο με δυνατότητα τομοσύνθεσης και τράπεζα κατευθυνόμενης βιοψίας με συνοδό σύστημα αναρρόφησης κενού προϋπολογισμού 300.000 ευρώ με ΦΠΑ, που προορίζεται για το και του οποίου οι προδιαγραφές ορίζονται στην Τεχνική Προδιαγραφή 14Α και Δύο Ψηφιακούς Μαστογράφους, των οποίων οι τεχνικές προδιαγραφές ορίζονται υπό 14Β, συνολικού προϋπολογισμού 400.000 ευρώ με ΦΠΑ που προορίζονται για τα Νοσοκομεία και, οι οποίοι ομοίως έχουν διαφορετικές τεχνικές προδιαγραφές, προορίζονται για διαφορετικά Νοσοκομεία και καθένας έχει διαφορετικό προϋπολογισμό. Η ως άνω απαίτηση της διακηρύξεως να προσφερθούν όλοι οι ψηφιακοί μαστογράφοι που ανήκουν στην ίδια ομάδα, (δηλαδή το σύνολο της οικείας ομάδας) και μεν απόκειται κατ' αρχήν στην ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να θεσπίσει τους όρους της διακηρύξεως και τις τεχνικές προδιαγραφές των υπό προμήθεια ειδών με τέτοιο τρόπο, που κατά την κρίση της εξυπηρετεί το συμφέρον της υπηρεσίας, τηρουμένων βεβαίως των αρχών και των διατάξεων της εσωτερικής και της κοινοτικής νομοθεσίας

Αριθμός Απόφασης : 1133/2019

που διέπουν τη διαδικασία αναθέσεως των δημοσίων συμβάσεων προμηθειών, στην προκειμένη όμως περίπτωση, ουδόλως αναφέρεται ο σκοπός για τον οποίο θεσπίσθηκαν οι προπαρατεθέντες όροι της διακηρύξεως. Σε κάθε περίπτωση η μη τμηματοποίηση πρέπει να αιτιολογείται ειδικώς, αφού συνιστά απόκλιση από τον κανόνα, ο οποίος κατά τα παραπάνω είναι η τμηματοποίηση, όπου αυτή είναι εφικτή και το αντικείμενο της διαδικασίας φέρει διαφορετικά επιμέρους χαρακτηριστικά. Εξάλλου, η αναθέτουσα αρχή, ως έγινε δεκτό στη σκέψη 10 της παρούσας, δεν απέστειλε ούτε φάκελο με τα στοιχεία της υπόθεσης ούτε τις κατά νόμο προβλεπόμενες απόψεις της. Η δε παράλειψη αιτιολόγησης εκ μέρους της αναθέτουσας της απόφασής της να μην προβεί σε τμηματοποίηση και μη αποστολής των απόψεων της καθιστά ιδιαίτερος δυσχερή την ουσιαστική παροχή προστασίας και τούτο διότι το αρμόδιο προς κρίση Κλιμάκιο δεν δύναται να συνάγει 1. τον τρόπο με τον οποίο προέκυψε η ομάδα 8 της διαδικασίας και δη η επιλογή των επιμέρους καθ' έκαστη ομάδα, ειδών προς αναγκαστικά ενιαία δημοπράτηση και ανάθεση, 2. αν η εν λόγω απαίτηση υποβολής προσφοράς για όλα τα τμήματα της ομάδας έχει πράγματι καθοριστεί σύμφωνα με τις ανάγκες της αναθέτουσας αρχής και 3. αν συντρέχει κάποιος δικαιολογητικός λόγος, αναγόμενος στις ανάγκες της αναθέτουσας αρχής, που να επιβάλλει στο κάθε Νοσοκομείο να προμηθευτεί και τους δύο τύπους ψηφιακών μαστογράφων (ομάδα 8) από τον ίδιο προμηθευτή, με δεδομένο άλλωστε ότι η τμηματοποίηση επιμέρους ομάδων του διαγωνισμού αυξάνει τις πιθανότητές κάθε διαγωνιζομένου να αναλάβει έστω κάποιο εκ των επιμέρους τμημάτων, εφόσον υποβάλει την πλέον συμφέρουσα ειδικώς για αυτό προσφορά και έτσι αυξάνονται οι δυνατότητές του για ανάληψη δημόσιας σύμβασης και θίγεται από τη σχετική διακήρυξη, η οποία ενσωματώνει απόφαση της αναθέτουσας να προκηρύξει τον διαγωνισμό με διαίρεση μεν σε τμήματα, πλην όμως υποχρεώνει τους διαγωνιζόμενους να υποβάλλουν προφορά με ενιαίο τρόπο. Η στάση αυτή της αναθέτουσας αρχής, ήτοι η παράλειψη αποστολής εκ μέρους της των απόψεων της, επιτρέπει, συνεπώς, κατά τα προεκτεθέντα, την συναγωγή τεκμηρίου ότι συνομολογεί την ακρίβεια της πραγματικής βάσεως των ανωτέρω ισχυρισμών της προσφεύγουσας κατ'

Αριθμός Απόφασης : 1133/2019

εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 365 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 14 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 και ο σχετικός λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

17. Επειδή κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

18. Επειδή ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα με κωδικό, ποσού 2.823,00 πρέπει να της επιστραφεί, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει 1. Τον όρο «Δεν γίνεται αποδεκτή η υποβολή προσφοράς για τμήμα Ομάδας» της παρ. 1 του άρθρου 4 ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ ΥΠΟΦΑΚΕΛΟΥ «ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» ΠΡΟΣΦΕΡΟΜΕΝΗ ΤΙΜΗ & ΚΡΙΤΗΡΙΑ ΑΝΑΘΕΣΗΣ–ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ 1. «Οικονομική Προσφορά» ως προς την Ομάδα 8 ΨΗΦΙΑΚΟΣ ΜΑΣΤΟΓΡΑΦΟΣ, 2. την τιθέμενη στην ομάδα 8 ΨΗΦΙΑΚΟΣ ΜΑΣΤΟΓΡΑΦΟΣ τεχνική προδιαγραφή ΨΗΦΙΑΚΟΣ ΜΑΣΤΟΓΡΑΦΟΣ ΜΕ ΔΥΝΑΤΟΤΗΤΑ ΤΟΜΟΣΥΝΘΕΣΗΣ & ΤΡΑΠΕΖΑ ΚΑΤΕΥΘΥΝΟΜΕΝΗΣ ΒΙΟΨΙΑΣ ΜΕ ΣΥΝΟΔΟ ΣΥΣΤΗΜΑ ΑΝΑΡΡΟΦΗΣΗΣ ΚΕΝΟΥ, και ειδικότερα στη παράγραφο ΤΟΜΟΣΥΝΘΕΣΗ στην οποία απαιτείται: *«Ο τρόπος της κίνησης της λυχνίας να είναι συνεχόμενος και όχι διακοπτόμενος.»* και *«Να δοθεί σχετική βιβλιογραφία για τη βελτίωση της διαγνωστικής αξίας της προτεινόμενης μεθόδου τομοσύνθεσης σε σχέση με την 2D μαστογραφία, και να φέρει σχετική πιστοποίηση ευρωπαϊκού ή διεθνούς οργανισμού (πχ FDA ή άλλη αντίστοιχη) για την σχετική υπεροχή»*, σύμφωνα με τα κριθέντα στις σκέψεις 13, 15 και 16 της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 2.823,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε την 19 Σεπτεμβρίου 2019 και εκδόθηκε την 3 Οκτωβρίου 2019 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ ΑΓΓΕΛΙΚΗ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΑΣΗΜΑΚΟΠΟΥΛΟΣ ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ