

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 18 Απριλίου 2019, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή – Εισηγήτρια και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει την με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) -Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.) 359/22-03-2019 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στο, οδός αρ..... Η εν λόγω προσφυγή ασκήθηκε στο πλαίσιο διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με την με αριθ.:, με κωδικό αριθμό συστήματος, διακήρυξη ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού άνω των ορίων του Ν. 4412/2016 της αναθέτουσας αρχής «.....» με κριτήριο ανάθεσης την βέλτιστη σχέση ποιότητας-τιμής, κατόπιν βαθμολόγησης, προϋπολογισμού 850.000,00 Ευρώ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α για την προμήθεια ενός Μαγνητικού Τομογράφου 1,5 Tesla για τις διαγνωστικές ανάγκες των κλινικών κατά κύριο λόγο και δευτερευόντως των εξωτερικών ασθενών.

Με την ανωτέρω Προδικαστική Προσφυγή της, κατ' ορθή επισκόπηση αυτής, η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης τεχνικής προδιαγραφής της ενότητας 7 των τεχνικών προδιαγραφών με τίτλο «Πηνία», η οποία προβλέπει να προσφερθεί «Πηνίο για εξετάσεις Μαστού (Αμφιπλευρότητα)» με αριθμό ανεξάρτητων καναλιών >15.

Αριθμός απόφασης: 492 / 2019

Επί της ανωτέρω προσφυγής ασκήθηκε η από 03-04-2019 παρέμβαση της εταιρείας «.....», με την οποία η παρεμβαίνουσα αιτείται την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής, με σκοπό τη διατήρηση της ισχύος του προσβαλλόμενου όρου της διακήρυξης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής καταβλήθηκε το παράβολο για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)», ποσού 3.428,00 € (με κωδικό ηλεκτρονικού παραβόλου), το οποίο έχει υπολογιστεί δυνάμει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, ποσού 685.483,87 Ευρώ, χωρίς Φ.Π.Α (685.483,87 X 0,5%).

2. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, περιέχει δε τα κατά Νόμον ουσιώδη στοιχεία και συνεπώς παραδεκτώς άγεται προς εξέταση ενώπιον της ΑΕΠΠ.

3. Επειδή, η ανωτέρω Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 γ' του Π.Δ. 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 γ' του Ν.4412/2016, δεδομένου ότι η προσβαλλόμενη αναρτήθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. στις 25-02-2019. Η δε προσφεύγουσα άσκησε την υπό κρίση προσφυγή στις 22-03-2019, ήτοι επομένως εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την τεκμαιρόμενη γνώση της διακήρυξης στις 12-03-2019.

4. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η εν λόγω Προσφυγή είναι καθ' ύλην αρμόδια για την εξέταση της, βάσει της

Αριθμός απόφασης: 492 / 2019

εκτιμώμενης αξίας της Σύμβασης σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν.4412/2016, η οποία ανέρχεται σε ποσό 685.483,87 Ευρώ χωρίς Φ.Π.Α. Επιπροσθέτως, παραδεκτώς ασκείται η υπό κρίση Προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ βάσει του αντικειμένου της (προμήθεια), της ημερομηνίας αποστολής της διακήρυξης για δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (21-02-2019), ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της Α.Ε.Π.Π. κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του από το άρθρο 43 παρ. 4 του Ν.4487/2017 (ΦΕΚ Α' 116).

5.Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η τεχνική προδιαγραφή που εμπεριέχεται στην 7η ενότητα των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης του υπό κρίση διαγωνισμού με τίτλο «Πηνία», με την οποία ζητείται, μεταξύ άλλων, «Πηνίο για εξετάσεις Μαστού (Αμφιπλευρότητα)», το οποίο να έχει αριθμό ανεξάρτητων καναλιών > 15, περιορίζει ουσιωδώς τη δυνατότητα της να επιλέξει το προϊόν, που θα προσφέρει στο διαγωνισμό, μεταξύ περισσότερων προϊόντων, πληρούντων τα κρίσιμα και ουσιώδη τεχνικά χαρακτηριστικά του προς προμήθεια προϊόντος, με συνέπεια τον εν τοις πράγμασι δραστικό περιορισμό του ανταγωνισμού. Συγκεκριμένα, η εν λόγω προδιαγραφή εμποδίζει την προσφεύγουσα να συμμετάσχει στον διαγωνισμό με το τελευταίας τεχνολογίας, ως ισχυρίζεται, μοντέλο μαγνητικού τομογράφου, «.....», καθώς αυτό δεν πληροί την προαναφερθείσα προδιαγραφή της ενότητας «Πηνία», καθώς το πηνίο μαστού, που διαθέτει, έχει οκτώ ανεξάρτητα κανάλια, αντί δεκαπέντε ζητούμενων κατ' ελάχιστον από αυτή την προδιαγραφή. Πλην, όμως, ως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα τα δεκαπέντε ανεξάρτητα κανάλια, δεν προσδίδουν ουσιώδη πλεονεκτήματα στην εξέταση μαστού, έναντι των οκτώ καναλιών, λόγω της ιδιαιτερότητας των εξεταστικών πρωτοκόλλων, που επιβάλλουν συγκεκριμένους χρόνους λήψης στις δυναμικές μελέτες (τμήμα της εξέτασης που έχει τις μεγαλύτερες τεχνικές απαιτήσεις), με συνέπεια να είναι άνευ αντικρίσματος η μεγαλύτερη ταχύτητα

Αριθμός απόφασης: 492 / 2019

που ενδεχομένως θα μπορούσε να προσφέρει ένα πηνίο με περισσότερα ανεξάρτητα κανάλια. Έτσι ο μικρότερος αριθμός καναλιών, που διαθέτει το πηνίο για εξετάσεις μαστού του ανωτέρω μοντέλου της προσφεύγουσας, δεν επηρεάζει με οποιοδήποτε τρόπο τις κλινικές δυνατότητες και την απόδοσή του, καθώς το πηνίο αυτό πραγματοποιεί εξαιρετικές εξετάσεις μαστού σύμφωνα με τα πλέον απαιτητικά κλινικά πρωτόκολλα (υψηλής ανάλυσης, δυναμικά, υψηλής χρονικής ανάλυσης, φασματοσκοπία, διάχυση υψηλής ανάλυσης), προσφέροντας επιπλέον τη δυνατότητα βιοψίας, καθοδηγούμενης από τον μαγνητικό τομογράφο, που συμπληρώνει την διαγνωστική προσέγγιση σε αυτές τις ευαίσθητες εξετάσεις, ξεπερνώντας τις ελάχιστες κλινικές απαιτήσεις των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης. Περαιτέρω δε η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι κατά την ορθή ερμηνεία της Οδηγίας για τα ιατροτεχνολογικά προϊόντα, σε διαγωνισμούς με το σύστημα της συμφερότερης προσφοράς βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας τιμής, οι προδιαγραφές δεν πρέπει να προβλέπουν επί ποινή αποκλεισμού τεχνικά χαρακτηριστικά, τα οποία δεν πληρούν προϊόντα, που φέρουν τη σήμανση CE και είναι σύμφωνα με τα εναρμονισμένα πρότυπα, ιδίως όταν αυτά τα χαρακτηριστικά δεν είναι αναγκαία για τη χρήση, για την οποία προορίζεται το προς προμήθεια είδος, αλλά να προβλέπουν συνεκτίμηση αυτών των χαρακτηριστικών στο πλαίσιο αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών.

6. Επειδή, η υπό κρίση παρέμβαση ασκήθηκε νομίμως κι εμπροθέσμως στις 03-04-2019 δεδομένου ότι η ασκηθείσα προσφυγή κοινοποιήθηκε στην παρεμβαίνουσα από την αναθέτουσα αρχή στις 26-03-2019 μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. Η παρεμβαίνουσα έχει έννομο συμφέρον στην άσκηση αυτής δεδομένου ότι προτίθεται να συμμετάσχει στο διαγωνισμό με προϊόν που πληροί την πληττόμενη προδιαγραφή, ως αυτή ισχυρίζεται κι, επομένως σε περίπτωση αποδοχής της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής πλήττονται τα έννομα συμφέροντά της.

Αριθμός απόφασης: 492 / 2019

7. Επειδή, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι η κρινόμενη προσφυγή ασκήθηκε χωρίς έννομο συμφέρον και, περαιτέρω τυγχάνει αβάσιμη. Ειδικότερα, κατά τους ισχυρισμούς της, η προσφεύγουσα δεν προβάλλει συγκεκριμένη βλάβη της από τον πληττόμενο όρο, αλλά λόγους που αφορούν αποκλειστικά και μόνο την εμπορική της πολιτική. Εξάλλου, η προσφεύγουσα ουδόλως εμποδίζεται να συμμετάσχει στο διαγωνισμό αφού διαθέτει κι άλλα προϊόντα, τα οποία πληρούν την προσβαλλόμενη τεχνική προδιαγραφή. Ως εκ τούτου η προσφυγή της θα πρέπει να απορριφθεί και να διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης διακήρυξης.

8. Επειδή, βάσει της λεκτικής διατύπωσης του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016, το έννομο συμφέρον δύναται να θεμελιωθεί και επί τη βάσει της ενδεχόμενης βλάβης, εφόσον, παρέχεται επαρκής τεκμηρίωση των λόγων που αποδεικνύουν με ενάργεια τον επικείμενο κίνδυνο, χωρίς να απαιτείται για την υποβολή προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, να συνιστά ο προσφεύγων συμμετέχοντα στο διαγωνισμό (βλ. απόφαση ΔΕΕ της 11ης-1-2005, C-26/03, Stadt Halle, σκέψη 40, ΑΕΠΠ 848/2018). Ειδικότερα, η προσφεύγουσα, η οποία ως ισχυρίζεται δραστηριοποιείται σε αντικείμενο συναφές με αυτό της διακήρυξης και σκοπεύει να συμμετάσχει στο διαγωνισμό με συγκεκριμένο προϊόν εμποδίζεται / δυσχεραίνεται ουσιαστικά προς τούτο λόγω του προσβαλλόμενου όρου της διακήρυξης και για τις αναφερόμενες στους επιμέρους λόγους της προσφυγής της αιτίες έχει έννομο συμφέρον στην άσκηση της προσφυγής. Ειδικότερα, σύμφωνα με τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας αυτή είναι διανομέας του κατασκευαστικού οίκου στην Ελλάδα κι επιθυμεί να συμμετάσχει στο διαγωνισμό, προσφέροντας το μοντέλο μαγνητικού τομογράφου, «.....», του ανωτέρω κατασκευαστικού οίκου, πλην, όμως εμποδίζεται προς τούτο εξαιτίας της προσβαλλόμενης τεχνικής προδιαγραφής.

9. Επειδή, σε αντίθεση με όσα ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα η προσφεύγουσα έχει, σύμφωνα με τα ανωτέρω, έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση προσφυγής, το αν, ωστόσο, μπορεί επί της ουσίας ή

Αριθμός απόφασης: 492 / 2019

όχι να συμμετάσχει στον διαγωνισμό και, αν εν προκειμένω πράγματι παραβιάζεται χωρίς νόμιμη αιτία ο ανταγωνισμός θα κριθεί με την επί της ουσίας εξέταση της προσφυγής.

10. Επειδή στο άρθρο 18 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. [...]».

11. Επειδή, περαιτέρω, οι διατάξεις του άρθρου 53 παρ. 2 περ. ια του ίδιου Ν. 4412/2016 ορίζουν ότι: «.....2. Τα έγγραφα της σύμβασης, πλην της προκήρυξης σύμβασης του άρθρου 63 και της προκαταρκτικής προκήρυξης του άρθρου 62 σε περίπτωση που χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης του διαγωνισμού, περιέχουν ιδίως: ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης...». Οι διατάξεις του άρθρου 54 παρ. 2 επ. προβλέπουν ότι «.....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

Αριθμός απόφασης: 492 / 2019

σειρά προτεραιότητας, σε εθνικά πρότυπα που αποτελούν μεταφορά ευρωπαϊκών προτύπων, σε ευρωπαϊκές τεχνικές εγκρίσεις, σε κοινές τεχνικές προδιαγραφές, σε διεθνή πρότυπα, σε άλλα τεχνικά συστήματα αναφοράς που έχουν θεσπιστεί από ευρωπαϊκούς οργανισμούς τυποποίησης ή - όταν αυτά δεν υπάρχουν - σε εθνικά πρότυπα, σε εθνικές τεχνικές εγκρίσεις ή σε εθνικές τεχνικές προδιαγραφές στον τομέα του σχεδιασμού, του υπολογισμού και της εκτέλεσης των έργων και της χρησιμοποίησης των αγαθών, κάθε παραπομπή συνοδεύεται από τον όρο ή «ισοδύναμο», γ) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις κατά τα οριζόμενα στην περίπτωση α', με παραπομπή, ως τεκμήριο συμβατότητας προς τις εν λόγω επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β, δ) με παραπομπή στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' για ορισμένα χαρακτηριστικά και με παραπομπή στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις που αναφέρονται στην περίπτωση α' για ορισμένα άλλα χαρακτηριστικά. 4. Οι τεχνικές προδιαγραφές, εκτός εάν δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, δεν περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που να χαρακτηρίζει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που παρέχονται από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα ούτε εμπορικού σήματος, διπλώματος ευρεσιτεχνίας, τύπων ή συγκεκριμένης καταγωγής ή παραγωγής που θα είχε ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή ορισμένα προϊόντα. Η εν λόγω μνεία επιτρέπεται, κατ' εξαίρεση, όταν δεν είναι δυνατόν να γίνει επαρκώς προσδιορισμένη και κατανοητή περιγραφή του αντικειμένου της σύμβασης κατ' εφαρμογή της παρ. 3. Η εν λόγω μνεία συνοδεύεται από τον όρο «ή ισοδύναμο». 5. Όταν η αναθέτουσα αρχή χρησιμοποιεί τη δυνατότητα παραπομπής στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' της παρ. 3, δεν απορρίπτει προσφορά με την αιτιολογία ότι τα προσφερόμενα έργα, αγαθά ή οι υπηρεσίες δεν πληρούν τις τεχνικές προδιαγραφές στις οποίες έχει παραπέμψει, εφόσον ο προσφέρων αποδεικνύει στην προσφορά του, με κάθε ενδεδειγμένο μέσο, συμπεριλαμβανομένων των αποδεικτικών μέσων που αναφέρονται στο άρθρο

Αριθμός απόφασης: 492 / 2019

56, ότι οι λύσεις που προτείνει πληρούν κατά ισοδύναμο τρόπο τις απαιτήσεις που καθορίζονται από τις τεχνικές προδιαγραφές. 6. Όταν η αναθέτουσα αρχή χρησιμοποιεί τη δυνατότητα που αναφέρεται στην περίπτωση α` της παρ. 3 για τη διατύπωση των τεχνικών προδιαγραφών με αναφορά στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις, δεν απορρίπτει προσφορά έργων, αγαθών ή υπηρεσιών που πληρούν ένα εθνικό πρότυπο το οποίο αποτελεί μεταφορά ευρωπαϊκού προτύπου, μία ευρωπαϊκή τεχνική έγκριση, μία κοινή τεχνική προδιαγραφή, ένα διεθνές πρότυπο ή ένα τεχνικό πλαίσιο αναφοράς που έχει εκπονηθεί από έναν ευρωπαϊκό οργανισμό τυποποίησης, εφόσον οι εν λόγω προδιαγραφές καλύπτουν τις επιδόσεις ή τις λειτουργικές απαιτήσεις που ορίζει. 7. Ο προσφέρων αποδεικνύει στην προσφορά του, με κάθε ενδεδειγμένο μέσο, συμπεριλαμβανομένων και εκείνων που αναφέρονται στο άρθρο 56, ότι το έργο, η αγαθό ή η υπηρεσία που πληροί το πρότυπο ανταποκρίνεται στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις τις οποίες έχει ορίσει η αναθέτουσα αρχή». Οι Αναθέτουσες αρχές ελέγχουν κατά την εξέταση των τεχνικών προσφορών των διαγωνιζομένων την τήρηση των σχετικών όρων των τεχνικών προδιαγραφών και σύμφωνα με το άρθρο 91 παρ. 1 α του Ν. 4412/2016 «1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης....».

12. Επειδή, εξάλλου, έχει κριθεί ότι 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 που διέπουν τη διαδικασία αναθέσεως των δημοσίων συμβάσεων προμηθειών. Εξάλλου, αντίθεση με τη νομοθεσία μπορεί να έχουν όροι της διακήρυξης όταν π.χ. είναι ασαφείς ή αντιφατικοί μεταξύ τους, οπότε πλήττουν

Αριθμός απόφασης: 492 / 2019

τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης μεταξύ των διαγωνιζομένων ή και του υγιούς ανταγωνισμού μεταξύ τους (βλ. ΣΤΕ 923/2016), όταν ζητούν επιπλέον χαρακτηριστικά του προς προμήθεια προϊόντος από όσα προβλέπονται από Κανονιστικές Πράξεις Κοινοτικής Νομοθεσίας, χωρίς αιτιολόγηση (βλ. ΣΤΕ 1863/2014), όταν με σαφείς και χαρακτηριστικούς όρους προσδιορίζεται το ζητούμενο προς προμήθεια προϊόν είτε με όρους γεωγραφικής προέλευσης, χωρίς ιδιαίτερο λόγο (βλ. ΕΛΣυν Μειζ 7μελ 2907/2012) είτε με άλλα χαρακτηριστικά που περιορίζουν δραματικά τον ανταγωνισμό σε σημείο που αποκλείει όλους τους πιθανούς προσφέροντες, πλην ενός «όροι φωτογραφικοί» (βλ. ΕΛΣυν Μειζ 1923/2016) ή όταν έρχονται σε αντίθεση με Ευρωπαϊκά ή Εθνικά Πρότυπα ή μονογραφίες που έχουν ληφθεί υπόψη για τη σύνταξη των παραπάνω και έχουν δημοσιευθεί στην Εφημερίδα των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων.

13. Επειδή, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η ανωτέρω τεχνική προδιαγραφή δεν είναι νόμιμη γιατί με τη θέσπιση της εμποδίζεται να συμμετάσχει στο διαγωνισμό με συγκεκριμένο προϊόν της επιλογής της έναντι άλλων προϊόντων που πληρούν τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης, τυγχάνει απορριπτέος δεδομένου ότι είναι σαφές πως με αυτόν η προσφεύγουσα επιχειρεί, υπό τη μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβητήσεως της νομιμότητας του συγκεκριμένου όρου της διακηρύξεως, να προδιαγράψει, κατά τις επαγγελματικές της ανάγκες, το προς προμήθεια είδος (ΕΑ ΣΤΕ 676/2011, 1249/2010, 977/2006 κ.α). Η προσφεύγουσα ουδόλως επικαλείται κι αποδεικνύει ότι το συγκεκριμένο μηχάνημα που έχει επιλέξει για να συμμετάσχει είναι το μοναδικό μηχάνημα που διαθέτει ο κατασκευαστικός οίκος που συνεργάζεται, αποκλεισμένης έτσι με κάθε τρόπο της συμμετοχής της, αντιθέτως προκύπτει ότι από την ακύρωση του πληττόμενου όρου απλώς εξυπηρετείται η εμπορική πολιτική της. Όπως, όμως, έχει συναφώς κριθεί το ασύμφορο ή αδύνατο συμμετοχής του οικονομικού φορέα στον διαγωνισμό πρέπει να οφείλεται στην προσβαλλόμενη παρανομία της διοίκησης και όχι στην εμπορική του πολιτική (ΕΑ ΣΤΕ 581/2008).

Αριθμός απόφασης: 492 / 2019

14. Επειδή, ειδικότερα, η προσφεύγουσα πέραν της γενικής και αόριστης αμφισβήτησης της νομιμότητας του εν λόγω όρου με την επίκληση, ομοίως, γενικών και αόριστων αιτιάσεων περί της αναποτελεσματικότητας αυτού, συγκρινόμενος με το προϊόν που επιθυμεί να προσφέρει, δεν επικαλείται συγκεκριμένα επιστημονικά δεδομένα ή σχετική βιβλιογραφία ή άλλες αποδείξεις από τις οποίες να προκύπτει ότι με την επίμαχη τεχνική προδιαγραφή πράγματι περιορίζεται ο ανταγωνισμός κατά τρόπο αντικείμενο στις διατάξεις των άρθρων 42 και 44 της οδηγίας 24/2004/ΕΕ και τις αντίστοιχες των άρθρων 54 και 56 Ν.4412/2016 σύμφωνα με τις οποίες οι τεχνικές προδιαγραφές πρέπει να περιγράφονται έτσι, ώστε να εξασφαλίζεται η μεγαλύτερη δυνατή ευρύτητα συμμετοχής στο διαγωνισμό. Πλην, όμως, η συμπερίληψη στη διακήρυξη προδιαγραφών αναγκαίων κατά την αιτιολογημένη εκτίμηση της υπηρεσίας, τις οποίες, όμως, είναι ενδεχόμενο να μη πληρούν τα προϊόντα ορισμένων προμηθευτών, μπορεί μεν να συνεπάγεται την αδυναμία συμμετοχής τους στο διαγωνισμό, δεν παραβιάζει, όμως, αυτή και μόνη, άνευ ετέρου, τους κανόνες του ανταγωνισμού, δεδομένου ότι από την φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων(ΣΤΕ 3719/2011, Ε.Α. ΣΤΕ 1140/2010,303/2007, 977/2006, ΔεφΘεσσαλ 111/2013).

15. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της, χωρίς ουδόλως να αναφέρεται στην αναγκαιότητα ή μη της πληττόμενης προδιαγραφής ισχυρίζεται ότι δύναται να τροποποιηθεί, υπό την προϋπόθεση ότι τα αναφερόμενα από την προσφεύγουσα αποτελούν και δεσμευτική προσφορά της, με την αιτιολογία ότι: *«[...]η Επιτροπή θεωρεί πως μηχανήμα ανοίγματος Gantry 70cm (το οποίο πληροί και τις λοιπές απαιτούμενες προδιαγραφές) θα προσφέρει σαφώς καλύτερες υπηρεσίες στο Νοσοκομείο, σε σχέση με μηχανήματα που πληρούν την ελάχιστη αντίστοιχη προδιαγραφή (άνοιγμα Gantry $\geq 60\text{cm}$)[...]»*. Πλην, όμως, η ανωτέρω αιτιολογία της αναθέτουσας αρχής έχει να κάνει με άλλη ιδιότητα του ζητούμενου προϊόντος (άνοιγμα Gantry, βλ. την 2^η ενότητα των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης με τίτλο «Gantry») και όχι την πληττόμενη (αριθμός καναλιών, βλ. 7η ενότητα

Αριθμός απόφασης: 492 / 2019

των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης του υπό κρίση διαγωνισμού με τίτλο «Πηνία»), και περαιτέρω δεν προκύπτει ούτε από την προσφυγή ούτε από τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής με ποιον τρόπο και εάν τα δύο συγκεκριμένα χαρακτηριστικά του ζητούμενου μηχανήματος συνδέονται μεταξύ τους ώστε η τυχόν τροποποίηση του ενός, το οποίο πάντως δεν αποτελεί αντικείμενο της παρούσας προσφυγής, δύναται (ή πρέπει) ή όχι να επηρεάσει το άλλο. Γίνεται πάντως εμμέσως δεκτό ότι κατά το μέτρο που μηχανήματα που θα προσφερθούν θα έχουν άνοιγμα Gantry μεγαλύτερης διαμέτρου από τη ζητούμενη, για την αναθέτουσα αποκτά αναλόγως μικρότερη σημασία ο αριθμός των ανεξάρτητων καναλιών του πηνίου. Παρά ταύτα, από το κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης προκύπτει ότι το ζητούμενο άνοιγμα Gantry ήδη προβλέπεται ότι θα πρέπει να είναι ≥ 60 και περαιτέρω ρητώς προκύπτει ότι: *«Θα εκτιμηθεί ιδιαίτερα η προσφορά συστήματος μεγαλύτερης διαμέτρου»*, όπως έχει, ως δηλώνεται, το προϊόν της προσφεύγουσας (Gantry 70cm). Συνεπώς, δεν προκύπτει ο λόγος για τον οποίο θα πρέπει να τροποποιηθεί ο πληττόμενος όρος της διακήρυξης, περί ελάχιστου αριθμού ανεξαρτήτων πηνίων και μάλιστα σε ποιο βαθμό, όρος που είναι διαφορετικός και ανεξάρτητος από τον ανωτέρω, με αιτιολογία την ύπαρξη ιδιότητας που διαθέτει το προϊόν της προσφεύγουσας και κατά ρητή πρόβλεψη της διακήρυξης θα αξιολογηθεί αναλόγως, χωρίς την ανάγκη τροποποίησης της διακήρυξης. Άλλωστε, οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής στο σημείο αυτό έχουν περισσότερο τον χαρακτήρα “διαπραγμάτευσης” με τον συγκεκριμένο οικονομικό φορέα ([...]) *«Η Επιτροπή κρίνει πως εάν τα αναφερόμενα στην Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας «.....» αποτελούν και δεσμευτική προσφορά, δύναται να γίνει αποδεκτή η μετατροπή της τεχνικής προδιαγραφής που αφορά στον αριθμό των ανεξάρτητων καναλιών του πηνίου μαστού (≥ 8 αντί του ≥ 15)[...]*», γεγονός ανεπίτρεπτο στο παρόν στάδιο του διαγωνισμού και σε κάθε περίπτωση στο πλαίσιο εξέτασης της υπό κρίση προσφυγής, δεδομένου ότι αφενός μεν εάν η αναθέτουσα αρχή κρίνει πώς υπάρχουν καλύτερα μηχανήματα στην αγορά από αυτά που η ίδια ζητά με τις τιθέμενες προδιαγραφές έχει τη δυνατότητα τηρώντας τις νόμιμες

Αριθμός απόφασης: 492 / 2019

διαδικασίες να προβεί στην τροποποίησή τους τηρώντας και τις διατάξεις δημοσιότητας κι αφετέρου η αποδοχή μιας τέτοιας θέσης στο πλαίσιο εξέτασης της παρούσας προσφυγής αφενός μεν εκφεύγει του πραγματικού/υλικού αντικειμένου της κι αφετέρου θα αντέκειτο στην αρχή της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, αφού οι λοιποί υποψήφιοι προετοιμάζουν τις προσφορές τους με τα δεδομένα του τρέχοντος διαγωνισμού, τα οποία δεν μπορούν να μεταβάλλονται με τρόπο εκτός του προβλεπόμενου κανονιστικού πλαισίου..

16. Επειδή, ακόμη ουδόλως εμποδίζεται μια αναθέτουσα αρχή να θεσπίσει, πέραν του CE, απαίτηση περί χαρακτηριστικών που προδιαγράφουν τον τύπο και το συγκεκριμένο είδος, κατηγορία και προορισμό του προϊόντος σε σχέση με την προοριζόμενη χρήση του. Άλλως, η εφαρμογή των διατάξεων του Εθνικού και Ενωσιακού δικαίου περί σήμανσης CE, θα κατέληγε στο παράλογο αποτέλεσμα να μην μπορεί να απαιτηθεί για προμήθεια ιατροτεχνολογικού προϊόντος οιαδήποτε προδιαγραφή αλλά και εν γένει χαρακτηριστικό, πέραν του CE, με αποτέλεσμα το CE να χρησιμοποιείται ως αποδεικνύον χαρακτηριστικά τα οποία το ίδιο δεν αφορά, αλλά και να τυγχάνουν προμήθειας προϊόντα που η αναθέτουσα δεν είναι τεχνικά, λογικά και πρακτικά δυνατό να παραλάβει και χρησιμοποιήσει ή εν τέλει να υπολαμβάνονται ως αποδεκτά ακόμη και είδη όλως άσχετα και με την ίδια την κατηγορία του υπό προμήθεια αγαθού (ΔΕφΑθ 26/2019). Διότι, κάθε πιστοποιημένο προϊόν δεν σημαίνει εξ ορισμού ότι μπορεί να εξυπηρετήσει τις ανάγκες κάθε Αναθέτουσας Αρχής (βλ. Ε.Α.ΣΤΕ 1115/2008, σκέψη 10, 390/2008, σκέψη 4), πολλώ μάλλον που εν προκειμένω πρόκειται για προμήθεια, η οποία αποσκοπεί στην κάλυψη πλήρως εξατομικευμένων αναγκών της συγκεκριμένης κατηγορίας ασθενών του Νοσοκομείου καθώς και των εξωτερικών ασθενών.

17. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω θα πρέπει ν' απορριφθεί η προσφυγή και να γίνει δεκτή η παρέμβαση.

Αριθμός απόφασης: 492 / 2019

18. Επειδή, κατόπιν της προηγούμενης σκέψης θα πρέπει να διαταχθεί η κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προσφυγή

Δέχεται την παρέμβαση.

Διατάσσει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου ποσού 3.428,00 € (με κωδικό ηλεκτρονικού παραβόλου).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 18 Απριλίου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 8 Μαΐου 2019.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Αθηνά Μπουζιούρη