

ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

Λεωφόρος Θηβών 196-198
Αγ. Ιωάννης Ρέντης
Πειραιάς, Τ.Κ .18233
Κτίριο Κεράνη, 5^{ος} όροφος

ΚΛΙΜΑΚΙΟ ΣΤ'

ΑΠΟΦΑΣΗ 34/2017

Προμήθεια Ιατρικών Μηχανημάτων-Προσβολή τεχνικών προδιαγραφών-Καταρχήν ελευθερία αναθέτουσας για διαμόρφωση όρων διακήρυξης και τεχνικών προδιαγραφών-Περιορισμός ελευθερίας εκ της αρχής ίσης μεταχείρισης και αναλογικότητας-Χαρακτήρας αδικαιολόγητων περιορισμών του ανταγωνισμού-Ο προσφεύγων φέρει το βάρος απόδειξης περί του επιστημονικώς εσφαλμένου των τεχνικών προδιαγραφών-Μη υποχρεωτικός για τις αναθέτουσες χαρακτήρας προδιαγραφών ΕΚΑΠΤΥ-Οι προδιαγραφές αυτές δεν συνιστούν πρότυπα-Παρωχημένο προδιαγραφών λόγω μη ανανέωσής τους επί σειρά ετών-Δυνατότητα αναθέτουσας προς θέσπιση αυστηρότερων προδιαγραφών-Απορρίπτεται η Προσφυγή

Το Στ' Κλιμάκιο της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, συνεδρίασε στην έδρα της Αρχής, την 15η Σεπτεμβρίου 2017 και ώρα 14.30, κατόπιν της με αρ. 8/21-8-2017 Πράξης του Προέδρου του ΣΤ' Κλιμακίου, παρουσία όλων των μελών του και συγκεκριμένα με την εξής σύνθεση: Διαθεσόπουλος Μιχαήλ, Πρόεδρος, Κουρή Σταυρούλα (Εισηγήτρια) και Πουλοπούλου Αγγελική, μέλη, προκειμένου να εξετάσει, κατ' άρ. 360 επ. Ν. 4412/2016, την από 17-8-2017 με Γεν.Αρ.Κατ. ΑΕΠΠ και Ειδ.Αρ.Κατ. ΑΕΠΠ προδικαστική προσφυγή της εταιρίας με την επωνυμία «.....» (εφεξής «προσφεύγουσα») κατά του Γενικού Επιτελείου Ναυτικού (εφεξής «αναθέτουσα αρχή») και της διακήρυξης ανοιχτού ηλεκτρονικού μειοδοτικού διαγωνισμού προμήθειας ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού (ψηφιακός μαστογράφος) Ναυτικού Νοσοκομείου Αθηνών μαζί με 10ετή συντήρησή του, εκτιμώμενης αξίας 362.888,00€ (μη συμπ/νου ΦΠΑ) (CPV 33111650-2) με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή, η ανάθεση της εξέτασης της οποίας στο Κλιμάκιο διαβιβάστηκε την 18-8-2017.

Δεν ασκήθηκε παρέμβαση από τρίτο παρότι παρήλθε η κατά νόμο προθεσμία, η δε αναθέτουσα απέστειλε τις απόψεις της με το με αρ.πρωτ. Φ.603.1/23/284717/Σ.3166/24-8-2017 έγγραφό της.

Χρέη Εισηγήτριας για την εξέταση της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής ορίσθηκε να εκτελέσει η Κουρή Σταυρούλα. Η ορισθείσα Εισηγήτρια προσκόμισε και παρουσίασε ενώπιον του Κλιμακίου την οικεία Εισήγησή της.

**ΑΦΟΥ ΜΕΛΕΤΗΣΕ ΤΟΝ ΦΑΚΕΛΟ ΤΗΣ ΥΠΟΘΕΣΗΣ ΚΑΙ ΕΛΑΒΕ ΥΠΟΨΗ ΤΗΝ ΕΙΣΗΓΗΣΗ
ΣΚΕΦΤΗΚΕ ΚΑΤΑ ΝΟΜΟ**

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 απαιτούμενο παράβολο (σχ. το με στοιχεία 15973512095710030092 ειδικό έντυπο παραβόλου), ποσού 1.814,44€, το οποίο έχει πληρωθεί και βεβαιωθεί η δέσμευσή του από την αρμόδια υπηρεσία της Α.Ε.Π.Π.
2. Επειδή, με την ως άνω προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση των προσβαλλόμενων τεχνικών προδιαγραφών ε (ψηφιακός ανιχνευτής) παρ. 9 και 10 (σύστημα τομοσύνθεσης) παρ. 2 της ως άνω διακήρυξης.
3. Επειδή, αναλυτικότερα με την ως άνω προσφυγή η προσφεύγουσα επικαλείται ότι δύο συγκεκριμένες τεχνικές προδιαγραφές, που περιλαμβάνονται στην εν λόγω διακήρυξη, αποκλείουν τη δυνατότητα συμμετοχής της στον ως άνω διαγωνισμό και δη με τις εξής προδιαγραφές: α) στην τεχνική προδιαγραφή ε. Ψηφιακός ανιχνευτής και στην παρ.9 ζητείται να διαθέτει «Μήτρα λήψης τουλάχιστον 2500X3000 pixels.». Αντίστοιχα στην παρ.10 του ιδίου κεφαλαίου ζητείται «να διαθέτει μέγεθος κόκκου μικρότερο από 90μm – και β) στην τεχνική προδιαγραφή ζ. Σύστημα Τομοσύνθεσης παρ.2 ζητείται «Ο τρόπος κίνησης της λυχνίας να είναι συνεχόμενος και όχι διακοπτόμενος προς αποφυγή artifacts». Όσον αφορά στην πρώτη εκ των δύο πληττόμενων τεχνικών προδιαγραφών η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι είναι εσφαλμένη επιστημονικά και δεν συνάδει με τις αντίστοιχες κοινώς παραδεκτές προδιαγραφές του ΕΚΕΒΥΛ (ήδη ΕΚΑΠΤΥ) και τις προδιαγραφές της ΕΠΥ που είναι ανηρτημένες στον οικείο διαδικτυακό τόπο του Υπουργείου Υγείας, που θέτουν ως όριο για το μέγεθος των pixels τα 100 μm. Σε επίρρωση του ισχυρισμού της επικαλείται αντίστοιχες διακηρύξεις του νοσοκομείου «ΑΤΤΙΚΟΝ» έτους 2012, του νοσοκομείου Κέρκυρας έτους 2015 και του πανεπιστημιακού νοσοκομείου Πάτρας, έτους 2010. Όσον αφορά στη δεύτερη εκ των πληττόμενων τεχνικών προδιαγραφών η προσφεύγουσα ομοίως ισχυρίζεται ότι είναι εσφαλμένη επιστημονικά και δεν συνάδει με τις αντίστοιχες κοινώς παραδεκτές προδιαγραφές του ΕΚΕΒΥΛ (ήδη «ΕΘΝΙΚΟ ΚΕΝΤΡΟ ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗ ΤΗΣ ΠΟΙΟΤΗΤΑΣ & ΤΕΧΝΟΛΟΓΙΑΣ ΣΤΗΝ ΥΓΕΙΑ Α.Ε.», εφεξής ΕΚΑΠΤΥ) και τις προδιαγραφές της Επιτροπής Προμηθειών Υγείας (εφεξής ΕΠΥ) και δη ότι τα συστήματα που διενεργούν την τομοσύνθεση με συνεχή κίνηση της λυχνίας είναι αυτά που παρουσιάζουν ψευδοεικόνες (artifacts) κατά τη διεύθυνση της κίνησης με κυριότερη επίδραση τη μείωση της χωρικής διακριτικής ικανότητας και τη μείωση της διαγνωστικής αξίας των λαμβανομένων εικόνων.
4. Επειδή με το ως άνω περιεχόμενο και ως ασκηθείσα κατά διακήρυξης που απεστάλη για δημοσίευση στην Εφημερίδα της ΕΕ την και δημοσιεύτηκε στο ΕΣΗΔΗΣ από με α/α και στο ΚΗΜΔΗΣ απόμε Μοναδικό ΑΔΑΜ, η κρινόμενη προσφυγή έχει αρμοδίως, εμπροθέσμως και παραδεκτώς ασκηθεί, η δε προσφεύγουσα παρίσταται ως έχουσα έννομο συμφέρον για την άσκησή της, αφού με την ιδιότητά της ως επιχείρηση δραστηριοποιούμενη στον κλάδο παραγωγής και εμπορίας ψηφιακών μαστογράφων, συνιστά προδήλως ενδιαφερόμενη προς ανάθεση σε αυτήν της συγκεκριμένης σύμβασης,

ενώ αυτονόητα θίγεται από τους προσβαλλόμενους με την προσφυγή της όρους της διακήρυξης, διότι, όπως δηλώνει, δεν τους πληροί και έτσι αποκλείεται από τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό. Επομένως, η προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξεταστεί περαιτέρω κατ' ουσία.

5. 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 το παρασχετέο προϊόν, 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 καλλίτερη 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. ΕΑ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.).

6. Επειδή, κατ' αρ. 54 παρ. 2 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 μειώνουν αδικαιολόγητα τον ανταγωνισμό, ιδίως δε να αποφεύγουν τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, δια της ενσωμάτωσης σε αυτής χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου. Αδικαιολόγητος είναι εξάλλου, ο περιορισμός του ανταγωνισμού δια 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 17^{ης} Σεπτεμβρίου 2002, C-513/99 *Concordia*, Συλλογή 2002, σ. I-7213, σκέψεις 59 και 65, απόφαση της 4^{ης} Δεκεμβρίου 2003, C-448/01 *Wienstrom*, Συλλογή 2003, σ. I-4527, 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).

7. Επειδή, κατά την κρίση του Κλιμακίου, αμφότερα τα αιτούμενα δια της διακήρυξης χαρακτηριστικά αποτελούν τεχνικές προδιαγραφές (ΔΕΕ, C-368/10 *Επιτροπή κατά Βασιλείου Κάτω Χωρών*, σκ. 74), τις οποίες ο διαγωνιζόμενος πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να διαθέτει δεν είναι ασύνδετες και δυσανάλογες με το αντικείμενο του διαγωνισμού. Τούτο

δε διότι, κατά την εκτίμηση των αναγκών της αναθέτουσας αρχής, η τεθείσα στη διακήρυξη απαίτηση για τα pixels της μήτρας λήψης εξασφαλίζει υψηλότερο δυναμικό εύρος απεικόνισης και άρα ποιοτικότερη διαγνωστική αξία, ενώ ο συνεχόμενος τρόπος κίνησης της λυχνίας συντελεί στην αποφυγή κάθε είδους μηχανικής αστάθειας που παρατηρείται με τη διακοπόμενη κίνηση της λυχνίας, λειτουργεί με χρόνους σάρωσης που αποδίδουν ανώτερη ποιότητα εικόνας σε σχέση με την αναλογική τεχνική step and shoot και παράλληλα εξαλείφονται τυχόν μικροφωνικές δονήσεις κατά το χρόνο έκθεσης κάθε προβολής, στοχεύοντας έτσι στην εξασφάλιση της καλλίτερης δυνατής απόδοσης του προς προμήθεια είδους και κατ' επέκταση στην εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος για την προστασία της υγείας. Εξάλλου, ο προσφεύγων αμφισβητεί με την τεχνική επάρκεια των ως άνω ενσωματωμένων στις τεχνικές προδιαγραφές χαρακτηριστικών και την ορθότητα των επιστημονικών σκέψεων στις οποίες ερείδονται, χωρίς όμως, καίτοι φέρει το σχετικό βάρος απόδειξης, να τεκμηριώνει τους σχετικούς ισχυρισμούς του πλην των αναφορών του στις συνταχθείσες από το 2012 τεχνικές προδιαγραφές του ΕΚΑΠΤΥ (περί των οποίων βλ. αμέσως επόμενη σκέψη 8). Υπό αυτά τα δεδομένα, με τις ως άνω θεσπισθείσες στη διακήρυξη προδιαγραφές εξυπηρετούνται καλλίτερα οι ανάγκες της αναθέτουσας αρχής χωρίς ωστόσο να πλήττεται ο ανταγωνισμός, αφού τόσο η αναθέτουσα αρχή όσο και η προσφεύγουσα συνομολογούν ότι υπάρχουν τουλάχιστον τέσσερις (4) εταιρίες που διαθέτουν το συγκεκριμένο προϊόν με τα ανωτέρω χαρακτηριστικά. Ως εκ τούτου η αναθέτουσα αρχή εκτιμώντας αφενός, εντός της κατά τα ως άνω καταρχήν ελευθερίας της, τις τρέχουσες ανάγκες της για βέλτιστο αποτέλεσμα, αφετέρου τη δυνατότητα της αγοράς να παράσχει τέτοιο προϊόν ως αυτό που περιέγραψε στη συγκεκριμένη διακήρυξη, ευλόγως θεώρησε ότι με τις πληττόμενες δύο προδιαγραφές εξυπηρετούνται καλύτερα οι ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης, χωρίς να θίγεται η αρχή της αναλογικότητας.

8. Επειδή οι τεχνικές προδιαγραφές του ΕΚΑΠΤΥ, που επικαλείται η προσφεύγουσα, αφορούν το έτος 2012, χωρίς έκτοτε ο συγκεκριμένος φορέας να τις έχει αναθεωρήσει, καίτοι είναι πρόδηλο ότι από το έτος 2012 έως σήμερα η τεχνολογική εξέλιξη του συγκεκριμένου προϊόντος οπωσδήποτε έχει αναδείξει σχετικά προϊόντα με βέλτιστες αποδόσεις και αυξημένη ασφάλεια αποτελέσματος. Επιπλέον οι συγκεκριμένες τεχνικές προδιαγραφές του ΕΚΑΠΤΥ, αφενός ορίζουν τις κατ' ελάχιστον ποιοτικές προδιαγραφές των σχετικών μηχανημάτων, χωρίς ουδόλως να περιορίζουν τις αναθέτουσες να απαιτούν αυστηρότερα και βελτιωμένα ποιοτικά χαρακτηριστικά (πόσο μάλλον όταν ενδέχεται τα ποιοτικά όρια που καθορίζουν να είναι τεχνολογικά παρωχημένα) αφετέρου, ακόμα και υπό αυτόν τον χαρακτήρα τους, και πάλι δεν φέρουν κάποια υποχρεωτική ισχύ για τις αναθέτουσες. Ούτε αποτελούν εθνικά πρότυπα ούτε αποτελούν προϊόν παραπομπής σε διεθνή πρότυπα, ούτε έχουν συνταχθεί κατά τους όρους της παρ. 9 του άρθρου 54 του ν.4412/2016. Προς τούτο το ΕΚΑΠΤΥ με το υπ' αρ.πρωτ. 54468/7-9-2017 έγγραφό του και κατόπιν έγγραφου ερωτήματος της ΑΕΠΠ εάν υπάρχουν σήμερα εν ισχύ ενιαίες τεχνικές προδιαγραφές ιατροτεχνολογικών προϊόντων που έχει εκπονήσει ή εγκρίνει, απάντησε ότι δεν γνωρίζει. Κατά συνέπεια, αβάσιμα προβάλλει η προσφεύγουσα ότι οι προσβαλλόμενες

δύο τεχνικές προδιαγραφές πρέπει να ακυρωθούν διότι δεν συνάδουν με τις προδιαγραφές του ΕΚΑΠΤΥ.

9. Ενόψει τούτων, δεν ασκεί επιρροή ο ειδικότερος ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι τέτοιοι όροι δεν είχαν τεθεί σε προηγούμενες διακηρύξεις άλλων νοσοκομείων με συναφές αντικείμενο, καθόσον η αναθέτουσα αρχή είναι κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την αυτοτελή εκάστοτε κρίση της τους όρους του διαγωνισμού, χωρίς να δεσμεύεται από το περιεχόμενο προηγούμενων διακηρύξεων (πρβλ. ΕΑ 354/2014, σκ.10), πολλώ δε μάλλον που και οι επικληθείσες εκ μέρους της διακηρύξεις (ήτοι του νοσοκομείου «ΑΤΤΙΚΟΝ» έτους 2012, του νοσοκομείου Κέρκυρας έτους 2015 και του πανεπιστημιακού νοσοκομείου Πάτρας, έτους 2010) δεν αποτελούν πρόσφατα παραδείγματα διακηρύξεων αντιστοίχου αντικειμένου.

10. Επειδή, κατά τα ανωτέρω, αμφότερες οι προσβαλλόμενες τεχνικές προδιαγραφές της διακηρύξεως δεν έχουν τεθεί κατά παράβαση των προαναφερθεισών αρχών της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων ούτε της αρχής της αναλογικότητας. Ούτε, εξάλλου, οι ανωτέρω όροι παραβιάζουν τους κανόνες του ανταγωνισμού, εκ του ότι η θέσπισή τους συνεπάγεται την αδυναμία συμμετοχής της προσφεύγουσας στο διαγωνισμό. Συνεπώς, η προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμη στο σύνολό της και να καταπέσει το υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου παράβολο εις βάρος του προσφεύγοντος.

Επομένως, το Κλιμάκιο ομόφωνα δέχεται την Εισήγηση και

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

- Απορρίπτει την προσφυγή.
- Διατάσσει την κατάπτωση του παραβόλου.
- Διατάσσει την αναθέτουσα αρχή όπως άμεσα διενεργήσει κάθε προβλεπόμενη από τη νομοθεσία ενέργεια και δημοσίευση της παρούσας, καθώς και την ανάρτησή της στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη Πειραιά την 15η Σεπτεμβρίου 2017, συντάχθηκε την ίδια ημέρα από την Εισηγήτρια και δημοσιεύθηκε αυθημερόν.

Παραγγέλλεται η Γραμματέας της Α.Ε.Π.Π. όπως, σύμφωνα με τα αρ. 11 και 19 ΠΔ 39/2017, παραχρήμα καταχωρίσει το διατακτικό της παρούσας απόφασης στο Βιβλίο Αποφάσεων της Α.Ε.Π.Π., κοινοποιήσει την απόφαση στους ενδιαφερόμενους, ήτοι στην προσφεύγουσα και στην αναθέτουσα αρχή και προβεί σε κάθε περαιτέρω νόμιμη ενέργεια.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΜΠΑΚΟΥ ΒΑΣΙΛΙΚΗ