

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (πρώην Α.Ε.Π.Π.)

3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 21-3-2022 με την εξής σύνθεση:, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου και Μαρία Βύρρα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 21-2-2022 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 279/22-2-2022 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νόμιμα εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της με αρ. ... διακήρυξης για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης για ΑΝΟΙΧΤΟ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟ ΑΝΩ ΤΩΝ ΟΡΙΩΝ ΓΙΑ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΔΥΟ (2) ΨΗΦΙΑΚΩΝ ΑΚΤΙΝΟΛΟΓΙΚΩΝ ΣΥΓΚΡΟΤΗΜΑΤΩΝ ΜΕ ΠΕΝΤΑΕΤΗ ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ, εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 366.935,48 ευρώ, που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 26-1-2022 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 28-1-2022 με Μοναδικό ΑΔΑΜ ... και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α Η αναθέτουσα υποβάλλει τις από 24-2-2022 Απόψεις της και ο προσφεύγων υποβάλλει το από 1-3-2022 υπόμνημά του.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ...και ποσού 1.835,00 ευρώ.

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ λόγω αξίας και χρόνου δημοσίευση, ασκείται η από 21-2-2023 προσφυγή κατά της από 12-2-2022 τελούσας σε γνώση του προσφεύγοντος (εντός του κατ' άρ. 361 παρ. 1 περ. γ' Ν. 4412/2016 χρόνου παραγωγής τεκμηρίου γνώσης, κατόπιν της από 28-1-2022 δημοσίευσης στο ΚΗΜΔΗΣ) διακήρυξης, επικαλούμενου του προσφεύγοντος και ενδιαφερομένου προς συμμετοχή, αδυναμία συμμετοχής και σύνταξης προσφοράς, λόγω των προσβαλλόμενων όρων και εξαιτίας αδικαιολόγητων και δυσανάλογων όρων που τον αποκλείουν και καθιστούν ιδιαίτερα δυσχερή τη συμμετοχή του. Άρα, η προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι της διακήρυξης, σελ. 53, θεσπίζει μεταξύ άλλων την εξής υπό Α.5 ΟΡΘΙΟ BUCKY, προδιαγραφή «Όρθιο bucky με ενσωματωμένο σύστημα στήριξης ασθενούς για εξετάσεις stitching (Διαδοχικές λήψεις & αυτόματη συνένωση εικόνων για επιμηκυμένη κάλυψη). Να διαθέτει επιφάνεια πολυανθρακικού υλικού, τοποθετημένη σε ράγες, για τη στήριξη του ασθενούς συμβάλλοντας στην καλύτερη επαναληψιμότητα της θέσης του και στην ελάχιστη απόσταση του από τον ανιχνευτή για εξετάσεις stitching», όρο που ο προσφεύγων προβάλλει ότι δεν πληροί το εξ αυτού δυνάμενο να προσφερθεί οικείο αγαθό και ούτως, ως απαραίτητη κατά τον όρο 2.4.3.2 της διακήρυξης, να πληρούται, προδιαγραφή, τον αποκλείει. Πάντως, το τι προβλήθηκε ή όχι κατά το στάδιο διαβουλεύσεων προ της δημοσίευσης της διακήρυξης είναι αδιάφορο και δεν στερεί το έννομο συμφέρον προβολής ισχυρισμών κατά του ως άνω όρου, αφού η διαβούλευση συνιστά προπαρασκευαστικό στάδιο προηγούμενη της εκκίνησης της διαδικασίας προς ανάθεση δημόσιας σύμβασης και ούτως δεν ανήκει στο ελεγχόμενο κατά το ΒΙΒΛΙΟ IV Ν. 4412/2016 προσυμβατικό στάδιο, εντός του οποίου εμφανίζεται το προστατευτέο εκ των ως άνω διατάξεων, δικαίωμα διεκδίκησης προς ανάληψη της σύμβασης (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 279/2022). Ο δε σκοπός και το

περιεχόμενο του σταδίου της διαβούλευσης είναι η εκ της αναθέτουσας, λήψη υπόψη απόψεων προς εκ μέρους της σύνταξη του κανονιστικού περιεχομένου της διαδικασίας και προηγείται της εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης. Ως εκ τούτου, η συμμετοχή ή μη ή η προβολή ή μη εκ μέρους οικονομικού φορέα στη διαβούλευση συγκεκριμένων ισχυρισμών δεν προκαταλαμβάνει τα δικαιώματά του στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, πολλώ δε μάλλον ενώ η διαδικασία αυτή δεν έχει καν εισέτι εκκινηθεί ούτε η συμμετοχή στη διαβούλευση συνιστά προϋπόθεση συμμετοχής ούτε η δημοσίευση των προς διαβούλευση όρων συνιστά δημοσίευση της διακήρυξης ούτε εκκινεί κάποια προθεσμίας προβολής ή προσβολής προς διαβούλευση όρων ούτε απαιτείται ο οικονομικός φορέας να έχει διαμορφώσει ήδη πρόθεση συμμετοχής ή να εκδηλώσει αυτή κατά το στάδιο της διαβούλευσης ή να έχει αντιπαραβάλει τα διαβουλευόμενα με τις δυνατότητες συμμετοχής του ή να έχει μελετήσει τους προς διαβούλευση όρους πριν την εκκίνηση της διαδικασίας ανάθεσης. Άρα, το τι προβάλλει ή όχι οικονομικός φορέας κατά τη διαβούλευση εξ αντικειμένου δεν προκαταλαμβάνει το έννομο συμφέρον του προς προσβολή όρου διακήρυξης, ο οποίος άλλωστε, το πρώτον αποκτά κανονιστική ισχύ κατά τη δημοσίευση της διακήρυξης και προ αυτής, δεν υφίσταται ούτε γνώση ούτε βεβαιότητα μελλοντικής απόκτησης τέτοιας κανονιστικής ισχύος από τον όρο. Τούτο, ενώ πάντως, ο νυν προσφεύγων προέβαλε σχετικές με τις νυν δια της προσφυγής του προβαλλόμενες, αιτιάσεις και κατά τη διαβούλευση, αιτούμενος τροποποίηση ακριβώς της ζητούμενης προδιαγραφής και ακριβώς, καθ' ο μέρος αποκλείει την προσφορά μηχανήματος με ανεξάρτητο τροχήλατο σύστημα στήριξης. Επιπλέον, το γεγονός ότι έχει ήδη ματαιωθεί η διαδικασία προηγουμένως, ουδόλως έχει οιαδήποτε έννομη σημασία εν προκειμένω, καθώς δεν δικαιολογεί τυχόν υπέρβαση των άκρων ορίων ευχέρειας της αναθέτουσας στη θέσπιση δικαιολογημένων και μη δυσανάλογα περιοριστικών προδιαγραφών ούτε συνιστά μόνο του το γεγονός αυτό, δικαιολόγηση περί της προσαλλόμενης προδιαγραφής. Περαιτέρω, είναι αδιάφορο αν ο μόνος δυνάμενος να μετάσχει οικονομικός φορέας είναι ο εκ του προσφεύγοντος επικαλούμενος ως

«φωτογραφιζόμενος», δεδομένου ότι για το παράνομο όρου διακήρυξης, δεν απαιτείται αναγκαία, αλλά ούτε αρκεί να καταλείπει μόνο ένα δυνάμενο να μετάσχει παραδεκτώς, αλλά απαιτείται και αρκεί ο εξ αυτού αδικαιολόγητος χαρακτήρας του περιορισμού του ανταγωνισμού, που επιφέρει, ασχέτως αν τυγχάνει να πληρούται εκ περισσοτέρων οικονομικών φορέων, όπως και αντιστρόφως, ο όρος δύναται να είναι νόμιμος, ακόμη και αν καταλείπει έναν δυνάμενο να μετάσχει, αρκεί να δικαιολογείται αντικειμενικά και να συνδέεται με μη δυσανάλογο τρόπο με έναν εύλογο εκ της ανάθεσης της σύμβασης, επιδιωκόμενο σκοπό. Επομένως, ζητήθηκε το σύστημα στήριξης του ασθενούς κατά την εξέταση να είναι ενσωματωμένο σε όρθια θέση εντός του μηχανήματος, αντί τροχήλατου και ανεξάρτητου, όπως αυτό που προσφέρει ο προσφεύγων. Σε αντίθεση δε με τους ισχυρισμούς της αναθέτουσας, ο προσφεύγων, βλ. και σελ. 24 προσφυγής του, δεν αποπειράται να προδιαγράψει, κατ' αντικατάσταση της νυν ζητούμενης προδιαγραφής, με την προδιαγραφή που ο ίδιος πληροί, τις τεχνικές απαιτήσεις της διακήρυξης με βάση τις δικές του δυνατότητες ούτε ζητά την ακύρωση της απαίτησης για ενσωματωμένο σύστημα, προς τον σκοπό θέσπισης αποκλειστικά απαίτησης για ανεξάρτητο και τροχήλατο σύστημα, αλλά αιτείται την ακύρωση του αποκλεισμού δυνατότητας προσφοράς και τροχήλατου ανεξάρτητου συστήματος, πέραν και εναλλακτικά σε σχέση με την προδιαγραφή για ενσωματωμένο τέτοιο σύστημα. Η δε αναθέτουσα αβασίμως αποπειράται να δικαιολογήσει την παραπάνω αποκλειστικού χαρακτήρα απαίτηση, επικαλούμενη μειωμένο αποτύπωμα εντός της αίθουσας, αφού και το ενσωματωμένο σύστημα, όταν δεν χρησιμοποιείται θα πρέπει να διπλωθεί προκειμένου να μην προεξέχει εντός του χώρου και άρα και πάλι θα καταλαμβάνεται χώρος, απλά σε άλλο σημείο, ήτοι πίσω, όπως προβάλλει ο προσφεύγων ή περιμετρικά του μηχανήματος και τούτο, ενώ η αναθέτουσα δεν αντικρούει, παρά τις αόριστες αιτιάσεις της περί μικρότερου αποτυπώματος στον χώρο, τον ισχυρισμό του προσφεύγοντα, ότι το μηχάνημα έχοντας ακριβώς, όρθιο ενσωματωμένο bucky που ζητά, απαιτεί εκ της ενσωμάτωσης του τελευταίου, για την εγκατάστασή του σημαντική απόσταση από τον τοίχο.

Ομοίως αβασίμως προβάλλει καλύτερη επαναληψιμότητα στην τοποθέτηση του ασθενούς, αφού αν αφενός, η επόμενη εξέταση λάβει χώρα πριν το τροχήλατο απομακρυνθεί, ούτως ή άλλως και το τροχήλατο, μένοντας στην ίδια αρχική θέση, θα εξασφαλίζει την ίδια επαναληψιμότητα, δηλαδή ταυτότητα θέσης, αν αφετέρου, το ενσωματωμένο σύστημα έχει ήδη πριν την επόμενη εξέταση, διπλωθεί και πάλι θα πρέπει να ξεδιπλωθεί και να ρυθμιστεί στο κατάλληλο εκ νέου σημείο για την επόμενη εξέταση, όπως αντίστοιχα και το τροχήλατο θα πρέπει να επανέλθει στην ίδια θέση. Άλλωστε, ο χειριστής σε περίπτωση επαναληπτικών εξετάσεων, δύναται απλώς να μην αποσύρει ενδιάμεσα το τροχήλατο ή να μην διπλώσει το ενσωματωμένο σύστημα και άρα, δεν υφίσταται διαφοροποίηση μεταξύ των δύο προϋποθέσεων. Αβασίμως επικαλείται η αναθέτουσα μικρότερη, στην περίπτωση του ενσωματωμένου συστήματος, απόσταση ανιχνευτή και εξεταζόμενου, αφού πρώτον, και το ενσωματωμένο σύστημα, ακριβώς λόγω της στήριξής του στη δομή του μηχανήματος προϋποθέτει μια έστω μικρή απόσταση, δεύτερον, το τροχήλατο δύναται τεχνικά να έλθει εγγύτατα στον ανιχνευτή και δη, ακόμη εγγύτερα σε σχέση με το ενσωματωμένο, ακριβώς λόγω έλλειψης του χωροθετικού περιορισμού-προσθήκης απόστασης εκ της ενσωμάτωσης του συστήματος στήριξης στη σκελετική δομή του μηχανήματος, τρίτον, η αναθέτουσα θα δύνατο ούτως να δεχθεί τροχήλατο-ανεξάρτητο σύστημα εναλλακτικά του ενσωματωμένου, υπό τον όρο εκ του πρώτου εξασφάλισης συγκεκριμένης μέγιστης απόστασης ανιχνευτή και ασθενούς, αντί να αποκλείσει την επιλογή ανεξάρτητου συστήματος εξαρχής και τέταρτον, ουδόλως προκύπτει ή τεκμηριώνεται από την αναθέτουσα, η όποια κλινική διαφοροποίηση στο αποτέλεσμα της εξέτασης εκ μόνης της όποιας τυχόν διαφοροποιημένης απόστασης ανιχνευτή και ασθενούς. Περαιτέρω, αβασίμως επικαλείται η αναθέτουσα μειωμένο χρόνο προετοιμασίας και άμεση τοποθέτηση του ασθενούς στην περίπτωση του ενσωματωμένου συστήματος, δεδομένου ότι και το τελευταίο θα χρειαστεί να ρυθμιστεί από τον χειριστή ως προς τη θέση του πριν στηριχθεί ο ασθενής και αναλόγως είδους εξέτασης και τούτο, ενώ δεν προκύπτει ούτε τεκμηριώνεται κάποια αξιολογή και κλινικά και τεχνικά ή

οργανωτικά σημαντική διαφοροποίηση στην αποδοτικότητα της μονάδας εξετάσεων του νοσοκομείου, εκ της όποιας τυχόν ήσσονος σχετικής διαφοροποίησης, ακόμη και αν αυτή υφίσταται, κατά τρόπο ώστε να δικαιολογεί όντως το εξαρχής απαράδεκτο προσφοράς αποκλειστικά διότι το μηχάνημα συνοδεύεται από τροχήλατο-ανεξάρτητο και όχι ενσωματωμένο σύστημα στήριξης. Επιπλέον, ναι μεν η αναθέτουσα έχει διακριτική ευχέρεια θέσπισης αναλόγως των αναγκών της, των προδιαγραφών του υπό προμήθεια αντικειμένου, στο πλαίσιο της τεχνικής της κρίσης, πλην όμως, αφενός τούτο δεν σημαίνει ανεξέλεγκτο της τελευταίας και επιτρεπτό καταχρηστικής της επίκλησης απλώς προς το αποτέλεσμα περιορισμού του ανταγωνισμού, χωρίς κάποιο δικαιολογημένο και μη αμελητέο θετικό αποτέλεσμα προς τον σκοπό ανάθεσης της σύμβασης, αφετέρου, δεδομένου ότι προβάλλονται εν προκειμένω συγκεκριμένες αμφισβητήσεις επί της απαίτησης, αυτή θα έπρεπε τουλάχιστον να δικαιολογείται από τεχνικές σκοπιμότητες που συνεχονται με κάποιο αντικειμενικό όφελος, σε σχέση με τον σκοπό χρήσης του αγαθού και τις δι' αυτού επιδιωκόμενες να εξυπηρετηθούν, ανάγκες. Επομένως, πέραν των αορίστων αιτιάσεων της περί εν γένει καλύτερου ποιοτικού αποτελέσματος και εν γένει καλύτερης επαναληψιμότητας, μικρότερης απόστασης ανιχνευτή και εξεταζόμενου, μικρότερου αποτυπώματος στον χώρο και μικρότερου χρόνου προετοιμασίας, εν τέλει η αναθέτουσα δεν προβάλλει κάποια όντως βάσιμη, τεκμηριωμένη και εύλογη, αντικειμενική δικαιολόγηση επί της απαίτησης της περί αποκλειστικής ενσωμάτωσης του ως άνω συστήματος στο μηχάνημα έναντι της δυνατότητας προσφοράς είτε ενσωματωμένου είτε ανεξάρτητου συστήματος, χωρίς να αποκλείεται οιαδήποτε εκ των δύο επιλογών και τούτο, ενώ εν τέλει δεν τεκμηριώνει οιοδήποτε στοιχείο που διαφοροποιεί σε κλινικό, τεχνικό ή λειτουργικό επίπεδο τις δύο επιλογές και όντως, καθιστά πλεονεκτική την επιλογή του ενσωματωμένου συστήματος. Τούτο ενώ δεν αντικρούει τους εκ του προσφεύγοντος προβαλλόμενους ισχυρισμούς περί ισοδύναμης σε επίπεδο ποιότητας κλινικού αποτελέσματος, αξίας των δύο επιλογών. Άρα, δεν αντικρούει τους ισχυρισμούς της προσφυγής, σχετικά με ότι είναι αδιάφορο το τεχνικό χαρακτηριστικό (περί του αν το σύστημα θα είναι ή όχι ενσωματωμένο),

όσον αφορά την κλινική ποιότητα και τη λειτουργική αποτελεσματικότητα του μηχανήματος, αδιάφορο που καθιστά την προδιαγραφή (ως αποκλειστική), αδικαιολόγητη και ασύνδετη με κάποιον ευλόγως επιδιωκόμενο σκοπό. Ούτε η αναθέτουσα αντிகρούει τους ισχυρισμούς της προσφυγής περί του ότι και το ανεξάρτητο τροχήλατο σύστημα θα δύναται να πληροί ακριβώς τον ίδιο ρόλο και να φέρει τα ίδια χαρακτηριστικά επιφανείας και υλικού, σε σχέση με το ζητούμενο (ενσωματωμένο) σύστημα. Άρα, όπως βάσιμα προβάλλει ο προσφεύγων, ο όρος Α5 του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Ι και ειδικά όσον αφορά την αποκλειστική απαίτηση περί «ενσωματωμένου» συστήματος στήριξης ασθενούς, αντί της δυνατότητας να προσφερθεί είτε ενσωματωμένο είτε τροχήλατο και ανεξάρτητο σύστημα στήριξης, προκύπτει ως αδικαιολόγητος και υπέρμετρα και δυσαναλόγως περιοριστικός του ανταγωνισμού και επομένως, είναι ως εκ τούτου ακυρωτέος.

4. Επειδή, επομένως, πρέπει να γίνει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή. Να ακυρωθεί ο ως άνω όρος Α5 ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Ι-ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ της διακήρυξης, κατά το μέρος που ορίζει η σκ. 3 ανωτέρω. Δεδομένης δε της φύσης του, ως όρου περί του παραδεκτού συμμετοχής, θα πρέπει να ακυρωθεί εν όλω η διακήρυξη, αφού εν όψει και των αρχών της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δημόσιας προμήθειας, σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών, η διακήρυξη είναι ακυρωτέα στο σύνολό της (βλ. ΣτΕ 1135/2010, ΕΑ 1089/2009, ΣτΕ 2951-52/2004 επταμ. και απόφαση ΔΕΚ στην υπόθεση C-448/2001, ENV AG κ.λπ., Συλλ. 2003, σελ. Ι-14527, σκέψεις 92- 95).

5. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει τη με αρ. ... διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε, αποφασίσθηκε και εκδόθηκε στις 21-3-2022.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΣΩΚΡΑΤΗΣ ΤΣΑΠΑΛΙΑΡΗΣ