

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5° ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 23.08.2018 με την εξής σύνθεση:
Κωνσταντίνος Κορομπέλης Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη -Εισηγήτρια- και
Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής το οποίο σωρεύεται στην από
13.08.2018 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του
διαγωνισμού Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) και χρέωσης στο 5^ο Κλιμάκιο την 14.08.2018
Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης
Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 808/14.08.2018 της εταιρίας με την
επωνυμία «νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά των όρων της με αριθ.

Διακήρυξης της

για τη διενέργεια ηλεκτρονικού,
διεθνούς, δημόσιου, ανοικτού Διαγωνισμού με αντικείμενο :

[CPV: (ι))], με κριτήριο
κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά
βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής, συνολικής προϋπολογισθείσας
αξίας 955.000,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% & Δικαιωμάτων
Προαίρεσης, (Προϋπολογισθείσα δαπάνη χωρίς προαίρεση 900.000,00€ για
την προμήθεια του εξοπλισμού και δικαίωμα προαίρεσης 55.000,00€ για τις
υπηρεσίες πλήρους συντήρησης και επισκευής).

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η Προσφεύγουσα επιδιώκει
την ακύρωση επιμέρους προσβαλλόμενων όρων της ανωτέρω Διακήρυξης, οι
οποίοι κατά τους ισχυρισμούς της είτε τίθενται κατά παράβαση του ισχύοντος
νομικού πλαισίου περί δημοσίων συμβάσεων όπως και της αρχής της

Αριθμός απόφασης: Α 372 / 2018

αναλογικότητας είτε τίθεται ασαφώς και αορίστως, θίγοντας το δικαίωμα συμμετοχής της στον εν λόγω διαγωνισμό.

Ετέρωθεν, η Προσφεύγουσα αιτείται ότιως διαταχθεί η αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης Διακήρυξης έως την έκδοση απόφασης επί της υπόψη Προδικαστικής Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με τη με αριθ. Διακήρυξη της

» προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός, διεθνής, δημόσιος, ανοικτός Διαγωνισμός με αντικείμενο την

[CPV:], με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής, συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 955.000,00€ σύμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% & Δικαιωμάτων Προαίρεσης, 725.806,45€ χωρίς ΦΠΑ και αν δεν ασκηθεί το δικαίωμα προαίρεσης και 770.161,29€ χωρίς ΦΠΑ και αν ασκηθεί το δικαίωμα προαίρεσης, η οποία Διακήρυξη καταχωρίθηκε στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης την 01.08.2018, στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 03.08.2018 και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 06.08.2018, όπου έλαβε Συστηματικό Αριθμό: α/α !

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό), ποσού 3.700,00€. Εντούτοις, για τον υπολογισμό του καταβλητέου ποσού παραβόλου δεν λαμβάνεται υπόψη και η δαπάνη που αντιστοιχεί σε ενδεχόμενη ασκηση του δικαιώματος προαίρεσης, διθέντος ότι το οριστικό ύψος της δαπάνης αυτής δεν μπορεί εκ των προτέρων να καθοριστεί, εφόσον

Αριθμός απόφασης: Α 372 / 2018

είναι αβέβαιο αν και μέχρι ποιου ύψους θα ασκηθεί το δικαίωμα αυτό (Δ.Εφ.Κομ. N43/2017, ΣτΕ ΕΑ 187/2017, 10/2017). Κατ' ακολουθίαν, αφού το νόμιμο ποσό παραβόλου είναι 3.629,00€, υπολογιζόμενο επί της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης άνευ ΦΠΑ και δικαιώματος προσίρεσης, το επιπλέον δε καταβληθέν αυτού ποσό των 70,96€, θα πρέπει στην περίπτωση απόρριψης της εν λόγω προσφυγής με την επί αυτής απόφαση να επιστραφεί στην προσφεύγουσα και τούτο δεδομένου ότι στην περίπτωση της αποδοχής της προσφυγής επιστρέφεται το συνολικό ποσό του παραβόλου.

3. Επειδή, έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 725.806,45€ χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ.1 του Ν.4412/2016, όπως και του χρόνου δημοσίευσης της διακήρυξης στην Ε.Ε.Ε.Ε., εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, όπου προβλέπεται ότι «1. σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: (α) ... (β) ... (γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ», η οποία γνώση επήλθε την 07.08.2018, ως άλλωστε δηλώνει και η προσφεύγουσα στο έντυπο της Προσφυγής της, οπότε και εκκινεί η δεκαήμερη προθεσμία για την άσκηση Προσφυγής, και η Προδικαστική

Αριθμός απόφασης: Α 372 / 2018

Προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 13.08.2018.

6. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) ορίζεται ότι: «1. Η ΑΕΠΠ, μπορεί, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση απόφασής της. 2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μη χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης παραγράφου αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη ...». Ομοίως δε ορίζεται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

7. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: «Διδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας».

8. Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Ετέρωθεν, δεν θα πρέπει και η ίδια η απόφαση να δημιουργεί τέτοιες καταστάσεις, οδηγώντας σε πλήρη ικανοποίηση του

ασφαλιστέου δικαιώματος, αφού η ισχύς της είναι προσωρινή και δεν θα πρέπει να επηρεάζει κατά τούτο την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς, και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

9. Επειδή, παρέπεται ότι προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων αποτελούν α) ως προς το παραδεκτό του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, το προδήλως παραδεκτό της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, β) ως προς το βάσιμο του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η πιθανολόγηση παραβίασης κανόνα του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις και την ανάγκη λήψης προσωρινών μέτρων για την άρση δυσμενών από την παράβαση αυτή αποτελεσμάτων ή για την αποτροπή της ζημίας των συμφερόντων του αιτούντος (βλ. Ράικο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 766 επομ.).

10. Επειδή, με την υπό κρίση προσφυγή της, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά α) της γενικής και αόριστης, όπως τη χαρακτηρίζει η προσφεύγουσα, απαίτησης από την αναθέτουσα αρχή προμήθειας του «πλέον σύγχρονου και εξελιγμένου μοντέλου του κατασκευαστή, για κάθε απαίτηση» του Συστήματος Μαγνητικού Τομογράφου, που ζητά η επίμαχη Διακήρυξη, απαίτησης που ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι, πέραν του ότι είναι ασαφής (υπό την έννοια ότι, όπως είναι διατυπωμένη, δεν διασφαλίζει ίσες ευκαιρίες σε όλους τους διαγωνιζόμενους, όπως και στην ίδια αφού, με πταγκοσμίως πλέον εξελιγμένα και υψηλής ποιότητας μηχανήματα, καλείται εν προκειμένω να συναγωνισθεί - επί ίσοις όροις - «τελευταία μοντέλα» Οίκων υποδεέστερων, άρα εξ αυτού του λόγου και προσφερόμενα σε συμφερότερη οικονομικά βάση), συνδυαζόμενη με τον χαμηλό - για τον σκοπό αυτόν προϋπολογισμό της, αποτυπώνει τις απαίτησεις του εν λόγω διαγωνισμού με τρόπο που παραβιάζει, κατ' αρχήν, το άρθρο 54 του Ν.4412/2016. Επιπροσθέτως, υποστηρίζει η προσφεύγουσα συναφώς ότι έχει κριθεί

Αριθμός απόφασης: Α 372 / 2018

νομολογιακά ότι οι τεχνικές προδιαγραφές νοθεύουν και περιορίζουν αδικαιολόγητα τον ελεύθερο ανταγωνισμό και την ευρύτερη συμμετοχή των διαγωνιζομένων, όταν έχουν ως συνέπεια τον αποκλεισμό προμηθευτών, οι οποίοι, αν και διαθέτουν μηχανήματα που μπορούν να ανταποκριθούν απολύτως στις ανάγκες του συγκεκριμένου Νοσοκομείου, εντούτοις τους ζητείται να διαθέσουν τύπους Μαγνητικών Τομογράφων που είναι οι πλέον προηγμένοι (κατά συνέπεια και ακριβοί) του κατασκευαστή Οίκου, οι οποίοι αδικαιολογήτως ζητούνται, σε συνδυασμό μάλιστα με τον περιορισμένο προϋπολογισμό του εν λόγω της Διακήρυξης. Επίσης, με τη συμπερίληψη στη Διακήρυξη συγκεκριμένων και ειδικών τεχνικών απαιτήσεων, οι οποίες ούτε εξυπήρετούν κάποιο θεμιτό σκοπό της συγκεκριμένης αναθέτουσας αρχής κατά τρόπο ανάλογο των αναγκών της ούτε, λόγω της περιοριστικής διατύπωσής τους, προβλέπουν και επιτρέπουν ισοδύναμες τεχνικές λύσεις που περιέχουν τα προϊόντα άλλων υποψηφίων, όπως της ίδιας, υποστηρίζει η προσφεύγουσα, ότι συρρικνώνουν τον ανταγωνισμό και το "άνοιγμα" στην υποβολή περισσότερων (παραδεκτών) προσφορών ακριβώς λόγω αυτής της αδικαιολόγητης χρήσης προκαθορισμένων αριθμητικών δεδομένων. Ενόψει των ανωτέρω, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά του εξής όρου της υπόψη Διακήρυξης: στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ II Τεχνικές προδιαγραφές- Προδιαγραφή (σελ. 56): «Το σύστημα Μαγνητικής Τομογραφίας να είναι το πλέον σύγχρονο μοντέλο του κάθε κατασκευαστή, της πλέον σύγχρονης τεχνολογίας, στερεάς και ανθεκτικής κατασκευής, κατάλληλο για χρήση σε χώρους του και να περιλαμβάνει όλα τα απαραίτητα εξαρτήματα για την ορθή λειτουργία του. Να προσφερθούν οι πλέον ολοκληρωμένες (πλήρεις) σύγχρονες τεχνικές, ακολουθίες και πακέτα επεξεργασίας για κάθε απαίτηση, που διαθέτει ο κατασκευαστικός οίκος για το προσφερόμενο σύστημα», όμως το σχετικό μηχάνημα που προτίθεται να προσφέρει η υποψήφια συμμετέχουσα και νυν προσφεύγουσα, ως το πλέον σύγχρονο και εξελιγμένο ισχυρίζεται ότι αντιστοιχεί σε αξία περίπου διπλάσια της εκτιμώμενης προϋπολογισθείσας δαπάνης του Νοσοκομείου, με αποτέλεσμα, υγιώς δρώσα η προσφεύγουσα εταιρεία, να αδυνατεί να τον προσφέρει. Πέραν τούτου, ο όρος «Να

Αριθμός απόφασης: Α 372 / 2018

προσφερθούν οι πλέον ολοκληρωμένες (πλήρεις) σύγχρονες τεχνικές, ακολουθίες και πακέτα επεξεργασίας για κάθε απαίτηση, που διαθέτει ο κατασκευαστικός οίκος για το προσφερόμενο σύστημα» υιοθετεί, κατά τη προσφεύγουσα, σύστημα ισοπεδωτικής και άρα μη ισότιμης αξιολόγησης των Μαγνητικών Τομογράφων, επειδή θα είναι μη συγκρίσιμοι μεταξύ τους, διότι ο κάθε κατασκευαστικό Οίκος διαθέτει τις δικές του, μοναδικές τεχνικές ιδιότητες, που ουσιωδώς διαφοροποιούν τα δικά του μηχανήματα από όλα τα υπόλοιπα της αγοράς και του διαγωνισμού (ως εκ της φύσης τους, λόγω και της μεγάλης πολυπλοκότητάς τους). Η προσφεύγουσα με την υπό κρίση Προσφυγή της στρέφεται επίσης κατά των εξής επιμέρους όρων της υπόψη Διακήρυξης: α) 1. ΜΑΓΝΗΤΙΚΟΣ ΤΟΜΟΓΡΑΦΟΣ Προδιαγραφή (σελ. 57): «Ομοιογένεια μαγνητικού πεδίου, ppm VRMS (50X50X45) (εγγυημένη τιμή). ≤4,6ppm». Συναφώς το μοντέλο, που διαθέτει η προσφεύγουσα εταιρία και του οποίου η αξία είναι εντός του συγκεκριμένου προϋπολογισμού της επίμαχης διακήρυξης, πάλι αποκλείεται από τον διαγωνισμό, λόγω της ανωτέρω προδιαγραφής. Και τούτο, όπως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, παρόλο που η ανάγκη αυτή της αναθέτουσας αρχής, καλύπτεται ισοδυνάμως από την προσφεύγουσα εταιρεία, το προαναφερθέν μοντέλο της οποίας διαθέτει υλικό και λογισμικό για την αυτόματη διόρθωση της ομοιογένειας με τον ασθενή στον Μαγνητικό Τομογράφο, όπως π.χ. η τεχνολογία 3D Shim, τα advanced shimming modes, τα ειδικά φίλτρα διόρθωσης της ανομοιογένειας κ.λπ., εντούτοις αποκλείεται από τον διαγωνισμό, επειδή η Διακήρυξη, αντί να περιορίζεται στην περιγραφή του επιδιωκόμενου αποτελέσματος, περιγράφει – μη νομίμως - συγκεκριμένη τεχνική λύση. Αντιστοίχως ισχύει και για τον όρο β) 2.Εξεταστική Τράπεζα Προδιαγραφή (σελ. 57): «Μέγιστη κάλυψη απεικόνισης (μήκος σάρωσης) >180cm», γ) 3. Σύστημα ραδιοσυχνοτήτων Προδιαγραφή (σελ. 58): «Αριθμός ανεξάρτητων καναλιών λήψης RF. Σε περίπτωση προσφοράς πλατφόρμας RF με πλήρως ψηφιακή τεχνολογία ανεξάρτητη του αριθμού καναλιών λήψης RF και με δυνατότητα ψηφιοποίησης του σήματος εντός πηνίου, αυτή θα αξιολογηθεί ιδιαίτερα. Στη περίπτωση πλατφόρμας RF η οποία δεν διαθέτει πλήρως ψηφιακή τεχνολογία ανεξάρτητη του αριθμού καναλιών λήψης RF και με ψηφιοποίηση του σήματος εντός

Αριθμός απόφασης: Α 372 / 2018

πηγίου, να προσφερθεί από τον κάθε κατασκευαστή ο μεγαλύτερος διαθέσιμος αριθμός ανεξάρτητων καναλιών λήψης RF που διαθέτει, ο οποίος κατ' ελάχιστο θα είναι >32. Ελάχιστος αριθμός ανεξάρτητων καναλιών λήψης RF. Σε κάθε περίπτωση προσφοράς θα πρέπει να προσφερθεί το πλέον αντίστοιχο σύγχρονο σύστημα > 32». Και ο παραπάνω περιορισμός (> 32) κατά τη προσφεύγουσα εμφανίζει τα ίδια ως άνω προβλήματα, σε σχέση και πάλι με το προαναφερθέν, κατάλληλο κατά τα λοιπά, μοντέλο της εταιρίας, δ)

4. Πηνία Προδιαγραφή (σελ. 58): «Να προσφερθούν πολυκάναλα πηνία για τις ακόλουθες τουλάχιστον εξετάσεις. Στη περίπτωση προσφοράς πλατφόρμας ραδιοσυχνοτήτων RF η οποία δεν διαθέτει πλήρη ψηφιακή τεχνολογία ανεξάρτητη του αριθμού καναλιών λήψης RF, θα πρέπει για το κάθε ένα από τα ακόλουθα ζητούμενα πηνία να προσφερθεί ο μεγαλύτερος αριθμός ανεξαρτήτων καναλιών που διαθέτει ο κατασκευαστικός οίκος και ο οποίος σε κάθε περίπτωση θα πρέπει να καλύπτει τουλάχιστον τον ελάχιστο ζητούμενο αριθμό καναλιών όπως ζητείται. Για κάθε ζητούμενη ανατομική περιοχή να προσφερθεί το ενδεδειγμένο από τον κατασκευαστικό οίκο πηνίο. Όλα τα προσφερόμενα πηνία να είναι συμβατά με τεχνολογία παράλληλης απεικόνισης». Η απαίτηση για τους Μαγνητικούς Τομογράφους, όπως της προσφεύγουσας, που δεν διαθέτουν την ως άνω περιγραφόμενη, συγκεκριμένη «ψηφιακή» τεχνολογία στο συγκεκριμένο σημείο, να προσφέρουν «τον μεγαλύτερο αριθμό ανεξαρτήτων καναλιών που διαθέτει ο κατασκευαστικός οίκος για το κάθε ένα από τα ακόλουθα ζητούμενα πηνία» οδηγεί σε μη συγκρίσιμες προσφορές, όπως υποστηρίζει συναφώς η προσφεύγουσα και αυτό διότι ο υποψήφιος που θα διαθέτει τη συγκεκριμένη τεχνολογία θα μπορεί να προσφέρει πηνία με τον ελάχιστο αριθμό καναλιών, ενώ οι υπόλοιποι, όπως η προσφεύγουσα, που διαθέτουν άλλες τεχνολογίες, υποχρεώνονται από τον επίμαχο όρο να προσφέρουν πηνία με τον μεγαλύτερο διαθέσιμο αριθμό καναλιών, άρα και σημαντικά ακριβότερα. ε) Προδιαγραφή (σελ. 58): «Πηνίο για εξετάσεις Μαστού (Αμφιπλευρότητα) Αριθμός ανεξαρτήτων καναλιών > 7». Για τη συγκεκριμένη προδιαγραφή ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι το πηνίο μαστού 7 καναλιών, αναφέρεται σε ιδιαίτερα χαμηλών καναλιών επιφανειακό πηνίο, παλαιάς τεχνολογίας, με

Αριθμός απόφασης: Α 372 / 2018

χαμηλή ποιότητα εικόνας, το οποίο δεν διατίθεται πλέον στην αγορά σε συστήματα αυτής της κατηγορίας. Λαμβάνοντας υπ' όψη ότι τα πολυκάναλα επιφανειακά πηνία είναι αυτά, τα οποία βελτιστοποιούν και επιταχύνουν την εξέταση, η αναφορά σε επιφανειακό πηνίο 7 καναλιών δεν εκμεταλλεύεται την προδιαγραφόμενη τεχνολογία του Μαγνητικού Τομογράφου. Μάλιστα ενώ σε πολλά σημεία η διακήρυξη απαιτεί υπερκάλυψη των αναγκών του Νοσοκομείου με υπερβολικά/εξεζητημένα χαρακτηριστικά του ζητούμενου Τομογράφου, σε άλλα σημεία, όπως η εν λόγω προδιαγραφή, απαιτεί την προσφορά μηχανήματος παλαιάς τεχνολογίας, κατά τη προσφεύγουσα για να καταστήσει δυνατή την προσφορά συγκεκριμένου μοντέλου συγκεκριμένου κατασκευαστή. Επομένως, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, κατά τούτο, παραβιάζονται και τα άρθρα 45 παρ. 3 εδ. α και 49 παρ.1 εδ. β και γ του Ν. 4412/2016. στ) Προδιαγραφή (σελ. 58): «Πηνίο για εξετάσεις γόνατος. Αριθμός ανεξαρτήτων καναλιών >8». Εν προκειμένω, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι με την έκφραση «πηνίο για εξετάσεις» δύναται να χρησιμοποιηθεί ένα και μόνον πηνίο, το οποίο θα καλύπτει τις εξετάσεις ώμου, γόνατος, ποδοκνημικής/άκρου ποδός ή ακόμη και παιδιατρικές εξετάσεις. Για την αποφυγή δε παρερμηνεών και δημιουργία ισοδύναμων συνθέσεων θα έπρεπε να καθορισθούν ξεχωριστά πηνία για κάθε ανατομική περιοχή, στο πλαίσιο των όσων η Διακήρυξη φαίνεται, κατά τη προσφεύγουσα, να επιδιώκει. ζ) Προδιαγραφή (σελ. 59): «Πηνίο για εξετάσεις άκρων. Αριθμός ανεξαρτήτων καναλιών >8». Η εν λόγω απαίτηση δύναται να καλυφθεί από τη προσφεύγουσα από μοντέλο με άλλη, ισοδύναμη τεχνική, δηλαδή με εύκαμπτα πηνία τεσσάρων καναλιών έκαστο, τα οποία είναι δύο μεγεθών, μικρό και μεγάλο, με διαστάσεις 516 x 224 και 366 x 174 mm αντίστοιχα, ώστε να καλύπτουν πλήρως όλες τις ανατομικές περιοχές, εντούτοις, υπό τον ως άνω περιορισμό που ορίζει η Διακήρυξη, η προσφεύγουσα τίθεται εκτός προδιαγραφών και παραδεκτής υποβολής προσφοράς. η) 5. Τεχνικές απεικόνισης/προγράμματα απεικόνισης Προδιαγραφή (σελ. 59): «Απεικόνιση με ανατομική κάλυψη του λάχιστον 180cm. ΝΑΙ» θ) 6. Σύστημα διαχείρισης και επεξεργασίας εικόνων από απόσταση Προδιαγραφή (σελ. 59): «Να διαθέτει ανεξάρτητο κεντρικό Server με συστοιχία σκληρών δίσκων, συνολικής

Αριθμός απόφασης: Α 372 / 2018

χωρητικότητας τουλάχιστον 1TB σε διάταξη RAID 5. Να προσφερθούν οι απαραίτητες άδειες χρήσης, ώστε να μπορούν τουλάχιστον 5 χρήστες να συνδεθούν και να κάνουν χρήση ταυτόχρονα όλων των διαθεσίμων προγραμμάτων επεξεργασίας. Να διαθέτει τα ακόλουθα ΝΑΙ» 1) 7.Παρελκόμενα Προδιαγραφή (σελ. 60): «Θωράκιση (RF Cage) σύμφωνα με τις διαστάσεις του χώρου και να περιγραφούν τα χαρακτηριστικά του για την βέλτιστη λειτουργία του μηχανήματος. Ο κλωβός RF που θα προσφερθεί να κατασκευάζεται από πιστοποιημένο προς τούτο κατασκευαστή. Να κατατεθεί το σχετικό ISO του εργοστασίου κατασκευής του που να αποδεικνύει την καταλληλότητα του εργοστασίου για την κατασκευή κλωβού ραδιοσυχνοτήτων για μαγνητικό τομογράφο. ΝΑΙ» 1α) Γενικοί Όροι Παράγραφος (σελ. 64): «Το σύστημα να είναι το πλέον σύγχρονο μοντέλο του κάθε κατασκευαστή, της πλέον σύγχρονης τεχνολογίας, στερεάς και ανθεκτικής κατασκευής, κατάλληλο για χρήση σε χώρους του Νοσοκομείου και να περιλαμβάνει όλα τα απαραίτητα εξαρτήματα για την ορθή λειτουργία του», για τους ως άνω αναφερόμενους λόγους. Ως εκ τούτου, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση των επιμέρους ως άνω όρων της υπόψη Διακήρυξης, σωρεύοντας παράλληλα το αίτημα αναστολής της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας, έως την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

11. Επειδή, η προσφεύγουσα στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι η ίδια συνιστά εταιρία που δραστηριοποιείται στην οικεία αγορά, έχοντας συμμετάσχει νομίμως σε δημόσιους διαγωνισμούς με αντικείμενο την προμήθεια μαγνητικών τομογράφων, με αποτέλεσμα να έχει ενεργό ενδιαφέρον για την υποβολή προσφοράς στον υπόψη διαγωνισμό, όπως και δικαίωμα συμμετοχής σε αυτόν, δικαίωμα το οποίο κωλύεται εκ των ως άνω προσβαλλόμενων όρων, στο μέτρο που με αυτούς τίθενται προδιαγραφές αόριστες και αναιτιολόγητες, σε κάθε περίπτωση υπερβολικές και μη αναγκαίες σε σχέση με το αντικείμενο της σύμβασης, καθιστώντας αδύνατη την υποβολή της προσφοράς της, η οποία υπό αυτούς τους όρους ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι είναι βέβαιο ότι τίθεται εκτός προδιαγραφών και επομένως θα απορριφθεί.

12. Επειδή, όπως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία, στο στάδιο

Αριθμός απόφασης: Α 372 / 2018

εξέτασης του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η επικαλούμενη εκ μέρους του προσφεύγοντος βλάβη, δέον να συνίσταται όχι απλώς στην επίκληση παρανομίας ή στη κατά γενικό τρόπο επίκληση παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά σε μία νομική και πραγματική κατάσταση, η οποία ανάγεται σε πραγματικά περιστατικά, συγκεκριμένα και αρκούντως εξειδικευμένα, βάσει των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή στο διαγωνισμό, είτε προδιαγράφεται άμεσα ή έμμεσα το αποτέλεσμα λόγω αδυναμίας του προσφεύγοντος να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις, με αποτέλεσμα να δημιουργείται μια προσωρινά προστατευτέα κατάσταση που να δικαιολογεί τη χορήγηση προσωρινού μέτρου (ΣτΕ ΕΑ 147/2016, 1140, 1137, 977/2010, 1149/2009, 14/2006).

13. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η προσφεύγουσα προσδιορίζει τη βλάβη της στο γεγονός ότι, αν και προτίθεται να συμμετάσχει στον υπόψη διαγωνισμό, υποβάλλοντας σχετική προσφορά για την υπό ανάθεση προμήθεια, σε περίπτωση διατήρησης της ισχύος των προσβαλλόμενων με την υπόψη διακήρυξη όρων, καθίσταται ιδιαιτέρως δυσχερής η υποβολή της προσφοράς της διότι, το προσφερόμενο από αυτήν μοντέλο δεν πληροί τις επί ποινή αποκλεισμού τιθέμενες κατά τα ανωτέρω προδιαγραφές, οι οποίες σε κάθε περίπτωση είναι υπερβολικές, μη αναγκαίες και αναιτιολόγητες. Ως εκ τούτου, η προσφεύγουσα αιτείται την προσωρινή διασφάλιση του ως άνω δικαιώματός της έως την έκδοση απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής της, ήτοι της δυνατότητάς της να συμμετάσχει εν τέλει στον υπόψη διαγωνισμό, αφού ακυρωθούν ή τροποποιηθούν και αναδιατυπωθούν οι προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης.

14. Επειδή, οι προβαλλόμενοι εκ μέρους της προσφεύγουσας λόγοι για την ακύρωση των ως άνω όρων της διακήρυξης συναρπάτωνται κατά κύριο λόγο με την εξέταση του αιτιώδους συνδέσμου των προδιαγραφών που ενσωματώνονται σε αυτούς με το αντικείμενο της σύμβασης, και δη με το σκοπό για τον οποίο προορίζεται η υπόψη προμήθεια, θίγοντας άνευ ετέρου ζητήματα που εμπεριέχουν κρίση ιατρικής φύσεως. Ως εκ τούτου, γίνεται αντιληπτό ότι η κρίση περί της βασιμότητας των ως άνω ισχυρισμών απαιτεί

Αριθμός απόφασης: Α 372 / 2018

ενδελεχή εξέταση-των εν λόγω τεχνικών απαιτήσεων σε σχέση με τις ανάγκες της αναθέτουσας αρχής, τεχνική κρίση η οποία δε μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑΘ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015). Εξάλλου, οι προβαλλόμενοι εκ μέρους της προσφεύγουσας ισχυρισμοί δεν πιθανολογούνται ως προδήλως απαράδεκτοι ή ως προδήλως αβάσιμοι.

15. Επειδή, η ζημία της προσφεύγουσας, της αναθέτουσας αλλά και των υπολοίπων ενδιαφερόμενων να υποβάλλουν προσφορά ή συμμετεχόντων στον υπόψη διαγωνισμό εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της προόδου στο επόμενο στάδιο, ήτοι της αποσφράγισης των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών και επικύρωσης του οικείου πρακτικού, είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα. Και τούτο διότι, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας όρων της υπόψη διακήρυξης, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας όσο και ειδικότερα του σταδίου αποσφράγισης και αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών τίθεται συνεκδοχικώς εν αμφιβόλω, τυχόν μάλιστα ακύρωση όρων της προσβαλλόμενης, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμη την έτερη εκτελεστή πράξη της έγκρισης πρακτικού τεχνικών προσφορών, οδηγώντας τοιουτοτρόπως, πιθανόν, σε επόμενο στάδιο προσφυγών, υποχρέωση της αναθέτουσας να ακυρώνει πράξεις και χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης, τα οποία δύνανται να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας.

16. Επειδή, εξάλλου, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή εννοία αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνεύομενων ως άνω συμφερόντων, διασφαλιστικό μέτρο είναι η, έως και την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής, αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, συμπεριλαμβανομένης της αποχής της αναθέτουσας αρχής από οποιαδήποτε ενέργεια αποσφράγισης/αξιολόγησης προσφορών, έκδοσης οιασδήποτε απόφασης και διενέργειας οιασδήποτε πράξης, σύνταξης πρακτικού, έγκρισης ή έκδοσης πρόσκλησης για προσκόμιση δικαιολογητικών, σχετικώς με κάθε επόμενο στάδιο του διαγωνισμού, καθώς σε περίπτωση αποδοχής της προκείμενης προσφυγής.

Αριθμός απόφασης: Α 372 / 2018

όλες οι επόμενες της νυν προσβαλλόμενης, πράξεις θα είναι άκυρες.

17. Επειδή, περαιτέρω, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ενωσιακού και εθνικού, που συνετελέσθη με την προσβαλλομένη και τους τιθέμενους όρους της διακήρυξης αυτής, δεν παρίστανται ως προδήλως αβάσιμοι (βλ. σκ.14) πλην για την οριστική κρίση περί της βασιμότητας αυτών - και δη ίσων προβάλλονται με έννομο συμφέρον-χρήζουν ενδελεχούς έρευνας, που δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας, αλλά απαιτείται η λεπτομερής επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού, των προβαλλόμενων ισχυρισμών καθώς και των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και την σχετική νομολογία, καθώς και, ενδεχομένως, περαιτέρω αναζήτηση διευκρινήσεων ή/και εγγράφων, προκειμένου το παρόν Κλιμάκιο να αχθεί σε σχετική οριστική κρίση.

18. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκομένων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, λαμβάνοντας υπόψη ότι σημαντική πτυχή της εξυπηρέτησης του δημόσιου συμφέροντος είναι και η εξασφάλισή της νομιμότητας της διαδικασίας ανάθεσης, δεν προκύπτει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

19. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, πληρούται η ratio της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, τα οποία σκοπούν στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού.

20. Επειδή, επέκεινα νομίμως εικάζεται ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις που απαιτούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων ενώ η υπό εξέταση Προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως αβάσιμη .

21. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω το υποβληθέν αίτημα αναστολής θα πρέπει να γίνει δεκτό και να ανασταλεί η περαιτέρω πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής της προσφεύγουσας.

Αναστέλλει την περαιτέρω πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με τη με αριθ. Ικήρυξη της

με την οποία προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός, διεθνής, δημόσιος, ανοικτός Διαγωνισμός με αντικείμενο την

[CPV], με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής, συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 955.000,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% και Δικαιωμάτων Προσίρεσης, μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης επί της Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 23 Αυγούστου 2018, συντάχθηκε την ίδια ημέρα από την Εισηγήτρια, και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο Πρόεδρος



Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Η Γραμματέας



Γεωργία Παν. Ντεμερούκα